قانون العلاقات الخاصة الدولية

دراسة فى ضوء فقه الشريعة الإسلامية

دكتور
صلاح الدين جمال الدين
أستاذ القانون الدولى الخاص المساعد
محام ومحكم لدي محكمة لندن للتحكيم الدولى LCIA

2006

الناشر
دار الفكر الجامعى
٣٠ ش سوتير الازاريطة ـ الاسكندرية
ت: ٤٨٤٣١٣٢

بسم الله الرحمن الرحيم

(وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فأحكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا)

صدق الله العظيم

بسم الله الرحمن الرحيم
والصلاة والسلام على رسوله الأمين
سيدنا محمد وعلى اله واصحابه أجمعين

يعرف القانون بأنه "مجموعة القواعد العامة المجردة التى تنظم العلاقات بين الأفراد فى المجتمع ...." أو بأنه "مجموعة القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية والتى تقسر الدولة الناس على إتباعها، ولو بالقوة عند الاقتضاء"(١) ، ويفهم من ذلك أن القانون ما هو إلا مجموعة القواعد التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع لتحقق لهم جميعا فى آن واحد، الأمن والاستقرار.

وإذ أن الظروف الواقعية للحياة فى المجتمع ظروف متغيرة ودائمة التطور كانت القواعد القانونية دائمة التطور لتعكس التطور الحادث فى المجتمع.

وإذ كان من ضمن التطورات التى طرأت على علاقات الأفراد امتداد علاقاتهم من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى ظهر التساؤل عن إمكانية امتداد تطبيق القانون الوطنى إلى علاقات الأجانب وامتداد القوانين الأجنبية لتجد مجالا للتطبيق داخل المجتمع الوطنى للقاضى.

وفى الإجابة عن هذا التساؤل نوه الفقهاء إلى أن العلاقات القانونية تمر بمراحل ثلاث هى:

١ - مرحلة التمتع بالحق : حيث تتحدد جنسية الافراد وأهليتهم

---

(١) انظر الدكتور عبد الرازق السنهورى، وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، طبعة ١٩٤١، ص ١٣.

لاكتساب الحقوق .

٢ - **مرحلة ممارسة الحق :** حيث يتم اكتساب الحق ونفاذه.

٣ - **مرحلة حماية الحق :** وفيها تتحدد المحكمة المختصة بنظر الدعاوى التى قد يرفعها الاطراف على بعضهم البعض لخلاف وقع بينهم، ثم وبعد صدور حكم هذه المحكمة ، التى قد تكون محكمة أجنبية ، يتحدد أثر الحكم الذى أصدرته ، إذا ما أراد صاحب المصلحة تنفيذه فى إقليم دولة غير التى صدر فيها.

ولما كان الحق والالتزام لا يخرج عن كونه مركزا واقعيا إلى أن تتناوله القواعد القانونية بالتنظيم ثم تجعله محلا لحمايتها فيصير بذلك مركزاً قانونياً او حق والتزام ، بالمعنى الفنى ، ومن ثم يمكن ملاحظة صلته بأكثر من نظام قانونى عند تزاحم القوانين وتحديد أى منها هو الواجب التطبيق ، فقد اعتبر تنظيم ممارسة الحقوق أو تكوين المراكز القانونية من أهم موضوعات فرع من فروع القانون الوطنى الوضعى فى كل دولة ينصب على علاقات الأفراد فيما بينهم أو علاقتهم بالدولة يطلق عليه اصطلاحا قانون العلاقات الخاصة الدولية أو القانون الدولى الخاص(١) أو علم تنازع الشرائع(٢).

وإذ لا يكفى، عملا، أن يظل الحق مستندا إلى مجرد الحماية

---

(١) فى الطبيعة القانونية الوطنية لهذا الفرع من فروع القانون. انظر الدكتور حامد زكى ، مبادىء القانون الدولى الخاص المصرى، ط ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م، ص ٨١ ومابعدها.

(٢) نظر الدكتور أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، طبعة ٢٠٠٢.

القانونية المستمدة من القاعدة القانونية التى تقرر وجوده، كان من الضرورى البحث عن كيفية إعمال تلك الحماية، عن طريق القضاء، باستخدام قواعد خاصة تعنى بتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع الذى قد ينشأ عن ممارسة حق من الحقوق التى تتولد عن مثل هذه العلاقة، يطلق عليها اصطلاحا قواعد الاختصاص القضائى الدولى أو قواعد المرافعات الدولية.

وإذ أن الواقع العملى يفترض أن يلوذ صاحب المصلحة بحمى القضاء ، وأن هذا الأخير سيبحث أول ما يبحث عما إذا كان مختصا بنظر الدعوى أم لا ، فقد آثرنا البحث فى كيفية الفصل فى هذه المسألة قبل التعرض للبحث فى القواعد التى تحكم العلاقة ذاتها.

وقد آثرنا استخدام المنهج المقارن بين القواعد التى ابرزها الفقهاء وقواعد القانون الوضعى فى مواطن شتى من هذه الطبعة تمهيدا لاستكمالها فى الطبعات المستقبلية ابرازا لشرف السبق الذى للشريعة الإسلامية فى الاهتمام بتنظيم مناحى الحياة القانونية للإنسان وإبرازا للانضباط الواضح لقواعدها بالمقارنة بغيرها. سيرا منا على درب من سبقنا ممن حاول التعرض لفكرة القانون الدولى الخاص الإسلامى[١] أو لعرض أساليب فض تنازع القوانين ذى الطابع الدولى فى الإسلام[٢].

---

(١) انظر بصفة عامة الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولى الخاص المقارن بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

(٢) انظر بصفة عامة الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، أساليب فض تنازع القوانين ذى الطابع الدولى فى الإسلام، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
وكذلك باللغة الفرنسية انظر:

وعلى ذلك فسوف يشتمل هذا الكتاب على الموضوعات الآتية:

الباب الأول : ضوابط الاختصاص القضائى الدولى .

الباب الثانى : ضوابط اختيار وتطبيق القانون الواجب التطبيق.

Ahmad Mosallem: L'ordre public devant le Juge egyptien, Etude comparative de droit international privé, Le Caire, 1950.

وكذلك:

C. Cardahi: La concepection et pratique du droit international privé dans L'Is Lam RCADI, 1937, T. 60, P. 598 t ss.

الباب الأول

ضوابط الاختصاص القضائى الدولى

الفصل الأول
التعريف بالاختصاص القضائى
الدولى وبيان موضوعاته

مثلما تناول المشرع الوضعى تنظيم مسائل الاختصاص القضائى الدولى بقانون المرافعات تناول الفقهاء تطبيقات متنوعة لضوابط الاختصاص القضائى فى مواضع شتى من كتبهم على نحو يتفق مع تناولها فى نصوص القوانين الوضعية المعروفة فى العصر الحاضر وهو ما نتناوله فيمايلى.

المبحث الأول

فكرة ضوابط الاختصاص القضائى

يقتضى حسن بيان المسألة أن نعرض بداية لتعريف القضاء وما يجب تحققه قبل أن يعرض لاختصاصه بنظر المنازعات وذلك فيمايلى:

تعريف القضاء:

يعرف الفقهاء القضاء بأنه "الفصل فى الخصومات، وقطع المنازعات، بإعمال حكم الله تعالى على سبيل الالزام"(١).

ويتبين من ذلك اتفاق مفهوم القضاء فى اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية مع معنى القضاء فى القوانين الوضعية فى

---

(١) انظر الثمر الدانى فى تقريب المعانى ، شرح رسالة ابن ابى زيد القيروانى ، جمع وتحقيق صالح عبد السميع الآبى الأزورى - المكتبة الثقافية ، بيروت، بدون تاريخ، ص ٦٠٤.
وكذلك البحر الرائق فى شرح كنز الدقائق للشيخ زين الدين بن نجيم المصرى، الطبعة الأولى، مصر، ١٣١١هـ ، الجزء السادس، ص ٢٧٧.

كونه وسيلة للفصل فى الخصومات، وتسوية المنازعات بين الأفراد، وتحقيق الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها.

إلا أنهما يختلفان كما هو واضح من التعريف السابق فى أن القضاء فى الدولة الإسلامية لا يقضى – من حيث الأصل - [1] وفق قواعد وقوانين وضعية، بل وفق الشريعة الإسلامية بمختلف مصادرها[2].

---

(١) سنتولى بيان هذا الأصل وما ورد عليه من استثناءات بشأن أساليب فض تنازع القوانين واحتمال وجود قواعد للإسناد تسمح للقاضى بتطبيق الشرائع الأجنبية فى بعض الحالات، انظر ص ٢٦، ص ١٣٦ من هذا المؤلف.

(٢) انظر فى هذا المعنى أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، فكرة القانون الدولى الخاص فى الفقه الإسلامى المقارن، دار النهضة العربية، ص ١٣٩؛ والدكتور فاروق عبد العليم مرسى، الشريعة الإسلامية أصل أحكام القضاء، دار الأقصى للكتاب، كرداسة بالجيزة، ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م، ص ٩ - ٢٨، ٦٩، ٨٨.
هذا فضلا عن أن القضاء هو إحدى الولايات التى تستمد مشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع :
فمن الكتاب، قول الله تعالى "يا داوود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب" " الصافات: ٢٦، وفى شرح وجه الدلالة على وجوب الحكم بالعدل من هذه الآية انظر أدب القاضى لأبى الحسن الماوردى (الشافعى) طبعة مطبعة الإرشاد، بغداد سنة ١٣١٩هـ -١٩٧١م، الجزء الأول ، ص ١١٧"، وقوله سبحانه "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً" "النساء: ٦٥، وفى شرح دلالتها انظر أدب القاضى، ص ١٢٢- ١٢٦"،
وقد روى عن عمرو بن العاص عن النبى ﷺ أنه قال "إذا اجتهد الحاكم "يقصد بالحاكم هنا "القاضى" ، فأصاب فله أجران واذا اجتهد فأخطأ فله أجر".
وقد أجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء:
انظر كتاب القضاء فى المغنى والشرح الكبير للإمامين موفق الدين ابن قدامه وشمس الدين ابن قدامه المقدسى، طبعة دار الكتاب العربى، ١٤٠٣هـ ص٣٧٣.

والأصل ألا ينعقد الاختصاص للقاضى بنظر النزاع إلا إذا رفعت إليه دعوى[(١)] بذلك.

والدعوى فى الاصطلاح ، قول مقبول عند القاضى، يقصد به الشخص طلب حق معلوم قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه[(٢)].

ولا يتصور أن ترفع الدعوى بلا مطالبة قضائية تقوم على حق معين، يطلب حمايته وإلا كانت دعوى فاسدة[(٣)].

ولا تقوم الخصومة إلا بين مدع ومدعى عليه، بشأن مدعى به (أو فيه).

ولا يختلف مفهوم المدعى والمدعى عليه فى كتب الفقه الإسلامى، عنه فى القوانين الوضعية[(٤)]:

---

(١) الدعوى فى اللغة: الطلب وفى الشرع: إخبار عن ثبوت حق على غيره عند حاكم، أو محكم أو سيد، أو ذى شوكة، أى ذى قوة غالبة على غيره، وسواء أكان ثبوت الحق لـه أم لموكله، لأن الدعوى يصح فيها التوكيل. ولابد من أن يكون الغير منكرا للحق المدعى، أو مقرا به لكنه ممتنع، وأما اذا لم يكن كذلك فلا فائدة فى الدعوى، ولهذا عرفها بعض العلماء بأنها "مطالبة بحق لازم، حال، عند قاضى، على منكر، أو مقر ممتنع بشروط".
انظر حاشية الشرقاوى على شرح التحرير للشيخ زكريا الأنصارى، مطبعة دار أحياء الكتب العربية، الجزء الثانى، ص ٥٠٩.
وانظر نهاية المحتاج فى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن احمد بن حمزة المنوفى المصرى، الطبعة الأولى مصطفى الحلبى، ١٣٨٩هـ الجزء الثامن، ص ٢٤٠.

(٢) انظر البحر الرائق، المرجع السابق، الجزء السابق، ص ٢٠٩، وأيضا تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى "الحنفى" ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، دون تاريخ، الجزء الرابع، ص ٢٩١.

(٣) انظر فتح القدير للشيخ كمال الدين المعروف بابن الهمام (الحنفى)، مطبعة بولاق، سنة ١٣١٥هـ ، الجزء الثانى ، ص ١٣٧.

(٤) اذا المدعى هو، من يضيف الشيء إلى نفسه أو الذى يطالب غيره بحق يدعى استحقاقه لنفسه على المدعى عليه.

ولا يثبت الحق[1] إلا بالشرع أو القانون، فهو الذى يقرر الحقوق ويحميها، فهو سببها وسبب حمايتها.

كيف تتحدد ولاية القاضى :

هل باستطاعة القاضى أن يباشر وظيفته بالنسبة لجميع الخصومات التى ترفع إليه وبالنسبة لكل الناس ولجميع الأمكنة؟.

الحقيقة أن اختصاص القاضى لا يمكن أن يكون مطلقا من أى قيد، حيث أن القاضى ما هو إلا نائب للحاكم الذى عينه، ومن ثم فولاية القاضى تقبل التقييد والتحديد وفق ما يأتى بقرار تعيينه. فيقبل اختصاصه التقييد والاطلاق والعموم والخصوص من حيث الزمان والمكان والخصوم والخصومات. ولم تخل كتب الفقه من بحث هذه المسألة، فقد قسم الفقه تقليد القاضى على تقليد عام وخاص للدلالة على مدى ولاية القاضى واختصاصه فى نظر دعاوى الناس.

فإذا عين الحاكم قاضيا على إقليم ليقضى بين عموم أهله

أما المدعى عليه، فهو المطالب أو الذى فى يديه الشيء ولا يحتاج إلى سبب يدل على صدقه لتمسكه بأصل أو عرف.

أما المدعى به: فهو الحق القائم عليه النزاع والذى وقعت بسببه الخصومة بين المدعى والمدعى عليه.

(١) انظر شرح كنز الدقائق - للزيلعى - الجزء الرابع، ص ٢٩١ ؛ وكذلك مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب (الشافعى)، مطبعة مصطفى الحلبى، ط ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م، الجزء الرابع، ص ٤٦٤؛ وأيضا تبصرة الحكام فى أحوال الاقضية ومناهج الأحكام للإمام برهان الدين أبى الوفاء أبى عبد الله محمد بن فرحون (المالكى) ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١٣٠١هـ الجزء الأول، ص ١٢٢.

فالحق هو ما استحقه الإنسان على وجه يقره الشارع ويحميه، فيمكنه منه ويدفع الاعتداء عنه.

وفـى جميـع خـصـوماتهم المدنيـة والتجاريـة والجزائيـة وفـى جميـع الأوقـات فتقليد القضـاء لهذا القاضـى، فـى هــذه الحالـة، هـو تقليد عام.

أما إذا عين الحـاكم قاضيا بقيود معينـة من حيث المكـان أو الزمـان أو نـوع الخصـومات أو نـوع الخصوم فتقليد القضـاء لهذا القاضـى، فى هذه الحالة، هو تقليد خاص.

وقد ميز الفقهاء(١) بين أنواعا متعددة من اختصـاص القضـاء فمنهـا الاختـصـاص المكــانى(٢) والاختــصـاص الزمـــانى(٣) والاختصـاص النوعى(٤) والاختصاص الشخصى.

تعريف الاختصاص القضائى الدولى:

يعرف فقهاء القانون الاختصـاص القضائى الدولى بأنه "بيان الحدود التـى تباشر فيهـا الدولـة سلطاتها القضائية بالمقابلـة للحدود التى تباشر فيها الدول الأخرى سلطاتها القضائية". ويفهم من هذا التعريف أن المراد بالاختصـاص القضائى الدولى هو حدود "ولايـة

(١) انظر المغنى لابن قدامة ، مكتبة القاهرة، الجزء التاسع، ص ١٠٥، وأدب القاضـى للمـاوردى (الـشافعى) ، الجـزء الأول، ص ١٥٥، والأحكـام الـسلطانية والولايـات الدينيـة لأبـى الحسن المـاوردى، ص ٧٠، ومغنـى المحتـاج ، مرجـع سبق ذكـره، الجـزء الرابـع، ص ٣٧٩، وحاشية بـن عابـدين، رد المحتـار علـى الـدر المختـار، شرح تنـوير الأبـصار للشيخ محمـد أمـين الـشهير بـابن عابـدين (الحنفـى)، الجـزء الخـامس، ص ٤١٩، والأحكـام الـسلطانية لابـى يعلـى محمـد بـن الحـسين الفـراء (الحنبلى)، ص ٣٥.

(٢) ويقصد به تحديد صلاحية القاضى بمكان معين.

(٣) ومعناه تقييد ولاية القاضى بالقضاء فى أيام معينـة دون غيرهـا وهـو مـا نـراه حاليا من تحديد دور انعقاد للدوائر القضائية.

(٤) وهو أنواع كثيرة، فقد تقيد ولايـة القاضـى بنظر نـوع معين من القضـاء مدنى أو جزائى.

القضاء" وما وصف "الدولية" إلا لبيان أن المراد هو ما يتعلق بالمنازعات ذات العنصر الأجنبى.

امتداد الاختصاص القضائى إلى علاقات الوطنيين فى الخارج وإلى الأجانب المقيمين:

إذا كان طبيعيا أن تمتد ولاية القضاء إلى مواطنى الدولة فى الخصومات التى تنشأ بينهم، فإن من المنازعات ما يتعلق بالمعاملات بين هؤلاء والأجانب وبين الأجانب أنفسهم مما يندرج تحت مفهوم العلاقات ذات العنصر الأجنبى، فهل تمتد ولاية القضاء إلى هذه الخصومات بناء على اتصال الأشخاص بالدولة، وبعبارة أخرى ما هى الحدود التى تباشر فيها محاكم الدولة سلطاتها القضائية بناء على صلة مستمدة من أطراف النزاع بالمقابلة للحدود التى تباشر فيها محاكم الدول الأخرى سلطاتها القضائية(١).

الحقيقة أن مسألة تحديد نطاق الولاية القضائية بالنسبة للمنازعات ذات العنصر الأجنبى أو تحديد المحكمة المختصة دوليا تخضع لنفس ما يخضع له تحديد القانون واجب التطبيق من النظر إلى عناصر العلاقات القانونية ، الاختصاص، والسبب، والموضوع.

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، الجزء الثانى، ص ٦٠٦، وأستاذنا الدكتور هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائى الدولى، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٧، وأستاذنا الدكتور ابراهيم احمد، القانون الدولى الخاص، الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام، طبعة ١٩٩٤، ص ٣٣، ١٣٨- ١٤٣؛ وأستاذنا الدكتور عكاشة عبد العال، القانون الدولى الخاص، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٦، ص ٤.

فبالنظر إلى الأشخاص ينعقد الاختصاص القضائى على اساس الجنسية، أو الموطن (وإن كان الموطن رابطة اقليمية)، أو على أساس مستمد من ارادتهم (القبول الاختيارى).

وبالنظر إلى السبب أو الموضوع ينعقد الاختصاص القضائى على أساس محل نشوء الالتزام أو محل تنفيذه أو موقع المال[١]. وهذا ما يعلل ما يلاحظ على ضوابط الاختصاص القضائى من أنها موضوعية فيما عدا الجنسية والموطن، وأنها إقليمية فيما عدا الجنسية[٢].

المبحث الثانى

موضوعات الاختصاص القضائى الدولى

يستتبع الاعتراف للفرد بحق معين أن يسمح له بأن يدافع عنه ويحتج به امام القضاء لالزام غيره باحترام حقه . وتتكفل المحاكم الداخلية لكل دولة بحل كافة المنازعات التى تقوم بين الافراد سواء أكانت هذه المنازعات وطنية بحتة أم كانت مشتملة على عنصر أجنبى . فلا توجد حتى الآن هيئة قضائية دولية تتكفل بفض المنازعات الداخلية فى نطاق قانون العلاقات الخاصة الدولية.

وقد قسم المشرع قواعد الاختصاص القضائى الى قسمين :

قواعد اختصاص داخلى .

وقواعد اختصاص دولى .

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٦٥١.

(٢) ويقابله انعقاد الاختصاص التشريعى على أساس جنسية، الشخص أو موطنه أو محل العقد أو محل وقوع الفعل أو موقع المال.

فـاذا كانـت قواعـد الاختـصاص الـداخلى هـى التـى تحـدد اختصاص محاكم الدولـة تجاه بعضها البعض من الناحيـة النوعيـة والقيمية والاقليمية وهو ما يتضمنه قانون المرافعات.

فإن قواعد الاختصاص الدولى هى التى تحدد نصيب محـاكم الدولة من ولايـة القضاء ازاء غيرهـا مـن محـاكم الـدول الأخـرى . وهى ما يطلق عليها فى الفقه الحديث قواعد المرافعات الدولية[١].

ومن ثم فإذا ما طرحت منازعة مشتملة على عنصر أجنبى أمام القضاء تعين على القاضى المرفوع إليه النزاع البحث عما إذا كانت هذه المنازعة تدخل ضمن ولايـة محـاكم دولتـه بوجـه عـام ام لا . وهو فـى ذلك يستعين بقواعد تنـازع الاختـصاص القضائى الـدولى فـى قـانون دولتـه والتـى تحـدد الحـالات التـى تختص فيهـا محـاكم الدولـة بنظـر المنازعـات المـشتملة علـى عنـصر أجنبـى . وتحدد القانون الواجب اتباعه أثناء السير فى الدعوى .

وعلـى ذلك تعتبر قواعد الاختصاص القضائى الـدولى مـن الناحية العملية من أهم قواعد قانون العلاقات الخاصة الدولية. ذلك أن تعيين المحكمة المختصة هو فى الواقع الذى يحدد الحل النهائى للنزاع ، فتحديد القانون واجب التطبيق على النزاع يتوقف على ما تقـضى بـه قواعـد التكييـف وقواعـد الاسـناد فـى دولـة القاضـى المطروح عليه النزاع . وهذه القواعد تختلف من دولة الى أخرى . فقد يكيف قاضى دولـة مـا مسألة معينـة علـى أنهـا متعلقـة بالـشكل ، بينما يكيف قاضى دولة أخرى نفس المسألة على أنها من مسائل الأهلية ، مما يترتب عليه اختلاف قاعدة الاسناد واختلاف الحكم

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المنصورة ط ٢٠٠٠.

النهائى فى النزاع . وقد تختلف قاعدة الاسناد فى مسألة معينة من دولة الى أخرى.

من ذلك نتبين مدى تأثير تحديد المحكمة المختصة فى تعيين القانون الواجب التطبيق وبالتالى فى الحل النهائى للنزاع .

عدم التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى:

بيد أنه اذا كان تحديد القانون واجب التطبيق أى تعيين الاختصاص التشريعى يتأثر بتحديد الاختصاص القضائى على النحو المشار إليه فإن ذلك لا يعنى البتة وجود تلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على النزاع .

فتحديد المحكمة المختصة لا يستتبع حتما تطبيق قانون المحكمة على موضوع النزاع . فالقاضى المطروح عليه النزاع يلجأ الى قواعد الاسناد فى قانونه لتعيين القانون واجب التطبيق وهذه القواعد قد تشير الى تطبيق قانون دولة غير دولة القاضى . واذا حدث واشارت قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون القاضى فإن مثل هذا التلازم يكون مجرد نتيجة عرضية لتطبيق قواعد الاسناد فى قانون القاضى . والواقع أن عدم التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى شرط أساسى لقيام ظاهرة تنازع القوانين فضلا عن كونه شرطاً للكلام عن اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الخاصة الدولية ، اذ لو طبقت المحكمة المختصة بنظر النزاع قانونها مباشرة على موضوع النزاع لما نشأت ظاهرة تنازع القوانين . ولو اقتصر اختصاص المحكمة على نظر المنازعات التى تنشأ بين تابعى دولة القاضى لما وجدت حاجة لوضع ضوابط اختصاص قضائى دولى.

الفصل الثانى

ضوابط الاختصاص القضائى الدولى

عالجت المواد من ٢٨ إلى ٣٥ من قانون المرافعات المصرى القواعد التى تبين حدود ولاية القضاء لمحاكم الجمهورية، وهى ما يطلق عليها قواعد الاختصاص العام والاختصاص القضائى الدولى ، وقد رأى المشرع ان يجمع هذه القواعد فى صعيد واحد فافرد لها الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من هذا القانون .

وقد راعى المشرع اطلاق قواعد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم الجمهورية لتعمل فى مواد الاحوال العينية وفى مواد الاحوال الشخصية على السواء ، إلا حيث تقتضى الملاءمة تخصيص بعض المنازعات بقواعد معينة[1].

وتقوم أحكام هذه المواد على المبدأ العام السائد فى فقه قانون العلاقات الخاصة الدولية وهو أن الأصل فى ولاية القضاء فى الدولة هو الاقليمية وان رسم حدود هذه الولاية يقوم على أسس إقليمية تربط ما بين المنازعة وولاية القضاء ، مأخذها موطن المدعى عليه أو محل اقامته أو موقع المال او محل مصدر الالتزام او محل تنفيذه ، يضاف الى ذلك الأخذ بضابط شخصى للاختصاص هو جنسية المدعى عليه وكونه وطنيا يصرف النظر عن موطنه او محل اقامته على اعتبار ان ولاية القضاء وإن كانت اقليمية فى الاصل بالنسبة للوطنيين والاجانب الا أنها شخصية

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للقانون الحالى للمرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

بالنسبة للأوليين فتشملهم ولو كانوا متوطنين او مقيمين خارج اقليم دولتهم .

كذلك راعى القانون الجديد اعتبار أن الأصل أن تؤدى الدولة العدالة فى إقليمها وأن الأصل هو رعاية المدعى عليه. ولذلك فإن هذا القانون لم يأخذ بضابط الاختصاص من ناحية المدعى إلا فى حالات قليلة تعتبر واردة على خلاف الأصلين العامين المذكورين.

وجدير بالذكر أنه بوضع قواعد تنظيم اختصاص المحاكم المصرية، فإن المشرع لم يغلق الباب أمام دواعى الملاءمة ومسايرة حاجة التجارة الدولية ، فلم يجعل نصوصه مغلقة تحكم جميع انواع الاختصاص حتى وإن لم توضع لها . فلقد أخرج بعض المنازعات عن نطاق تطبيق تلك القواعد ، فأباح اللجوء الى التحكيم فى منازعات التجارة الدولية بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية وأباحه أيضا فى القانون رقم ٤٣ لعام ١٩٧٤ المعدل بالقانون رقم ٣٢ لعام ١٩٧٧ والخاص باستثمار رأس المال العربى والأجنبى .

ولتفصيل ماسبق أن أجملناه درج الفقهاء على تقسيم ضوابط اختصاص القضاء بالمنازعات الخاصة الدولية إلى أربع فئات هى:

أولا : الضوابط المبنية على سيادة الدولة الاقليمية أو الشخصية .

ثانيا : الضوابط المشتقة من طبيعة النزاع .

ثالثا : الضوابط التى يتطلبها حسن أداء العدالة .

رابعا : الضوابط التى تقوم على إرادة الخصوم .

وهو ما سنعالجه فى المباحث التالية :

المبحث الأول

الضوابط المبنية على سيادة الدولة

تتعلق سيادة الدولة بالإقليم الذى يخضع لسلطانها والأشخاص الذين يتواجدون فيه، وقد تضمن قانون المرافعات ضوابط تتعلق بهذين المظهرين من مظاهر السيادة حيث بنى المشرع بعض ضوابط الاختصاص القضائى للمحاكم على سند من فكرتى الموطن والجنسية، وهو ما نتناوله هنا فى ضوء بعض أحكام الفقه الإسلامى.

المطلب الأول

ضابطا الموطن والجنسية فى ضوء التقسيم الفقهى للعالم

أولا: فكرة الجنسية، والموطن :

لا نجد فى كتب الفقه الإسلامى فى العصور الإسلامية الأولى استخداما لاصطلاح "الدولة"، وإنما نجد استخداما واسعا لاصطلاح "الدار" ليعبر عن نفس المعنى والمضمون للدولة بمفهومها المعروف فى القانون الدولى المعاصر بحيث كان تعبير "دار الإسلام" يعنى "الدولة الإسلامية" ومن ثم فلا غرابة إن استخدمنا كلا المصطلحين كمترادفين فى هذه الدراسة.

* وللدار معان لغوية كثيرة منها المحل والموضع والبلد والوطن أو الموطن.

فهو بمعنى الوطن أو الموطن وهو مكان الإنسان ومقره حيث أقام من بلد أو دار[١].

أما فى الاصطلاح الفقهى فهو عبارة عن "الموضع أو البلد أو الإقليم أو المنطقة التى تسكن فيها مجموعة من الناس، ويعيشون تحت قيادة سلطة معينة[٢].

* ولا تختلف هذه التعريفات، عن التعريف الذى تأخذ به التشريعات الوضعية للموطن، إذ يعرف - مثلا - فى القانون المدنى المصرى بأنه "المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة"[٣].

* إلا أن للتعريف الفقهى فائدة أخرى حيث يتبين منه وجود رابطة بين مجموعة من الناس والدولة التى يستظلون بسلطتها. تلك الرابطة التى يطلق عليها رابطة التبعية أو ما يعرف فى العصر الحديث بالجنسية. فهل عرفت الشريعة الإسلامية فكرة الجنسية لتميز بذلك بين مواطنيها والأجانب عنها من حيث امتداد ولاية قضاء الدولة الإسلامية الى رعاياها فيما يقع منهم أو عليهم خارج اقليمها؟.

لم يظهر التمييز بين دار الإسلام وغيرها فى كتابات فقهاء المسلمين إلا منذ بداية القرن الثالث للهجرة وكان من بين أغراض

---

(١) انظر لسان العرب لابن المنظور - المجلد الرابع، ص ٢٩٨، انظر الافصاح فى فقه اللغة لحسين يوسف موسى وعبد الفتاح الصعيد، الجزء الأول، ص ٥٥٢، ٥٥٤.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور اسماعيل لطفى فطانى، اختلاف الدراين وأثره فى أحكام المناكحات والمعاملات، دار السلام للطباعة، طبعة أولى سنة ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م، ص ٢٠.

(٣) المادة ٤٠ من القانون المدنى المصرى الصادر سنة ١٩٤٨.

هذا التقسيم:

١ - تبيين أحكام الشريعة الإسلامية وترتيبها للمسلمين وغيرهم لتحديد نطاق ثبوت الولاية أو عدمه، نظرا لأن الولاية فى الشرع الإسلامى هى إحدى المؤثرات فى اختلاف الأحكام الشرعية.

٢ - التأصيل الفقهى لواقع العلاقات التى كانت بين المسلمين وغيرهم، وبين الدولة الإسلامية وغيرها، مع تنظيم الأحكام الشرعية التى تتعلق بهذه العلاقات ذات الطبيعة الدولية[(١)].

ولتحقيق تلك الأهداف قسم الفقهاء العالم إلى "دار إسلام" و"دار حرب"[(٢)] أو دار "اسلام" و"دار حرب" و"دار العهد"[(٣)].

وتعرف "دار الإسلام" بأنها جملة الأقاليم التى تطبق فيها أحكام الإسلام ويأمن جميع من فيها بالأمان الذى يتمتع به

---

(١) ومن هذه الأهداف أيضا:
تحديد الوضع القانونى لمختلف فئات الأراضى التى أصبحت جزءا من دار الإسلام. وتنظيم شئون المسلمين من أجل المحافظة على كيان الأمة الإسلامية وجماعتها. لمزيد من التفصيل انظر الدكتور اسماعيل فطانى، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٢) وفى هذا المعنى قول الحق سبحانه "والذين تبوءوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم". سورة الحشر: الآية التاسعة، انظر حاشية رد المحتار على الدر المختار، مرجع سبق ذكره، الجزء الرابع، ص ١٦٦.

(٣) ولا يستند هذا التقسيم إلى نص تشريعى من قرآن أو سنة، وإنما هو تخريج فقهى أتى به علماء المسلمين نزولا عند ضغط الحاجة العملية من جهة، واقتباسها عن التنظيم الرومانى الذى كان سائدا من حيث تقسيم العالم إلى "دار الوطنيين الرومان" و"دار الأجانب أو الأعداء"، و"دار المعاهدين". انظر الدكتور احسان الهندى، أحكام الحرب والسلام فى دولة الإسلام، دار النمير للطباعة والنشر، دمشق، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص ٦.

المسلمون[١].

ويظهر من ذلك أن هناك شرطا جوهريا للتمييز بين الدولة الإسلامية وغيرها هو جريان الأحكام والسلطة: فإن جرت فى الإقليم أحكام الاسلام وكانت السلطة عليه للمسلمين فالدولة دولة اسلامية، فإن لم يجتمع الأمران معا كأن كانت السلطة لغير المسلمين، كانت دولة غير إسلامية، ولو كان فيها مسلمون[٢].

الا أن جريان أحكام الإسلام وتحقق السلطة للمسلمين لا يمنع من تطبيق أحكام شريعة أخرى على غير المسلمين فى أحوالهم الشخصية الخاصة بهم مادامت لا تمس بالنظام العام المبنى على قواعد الشريعة الإسلامية[٣].

ذلك أن الدولة الإسلامية تشمل من حيث السكان المسلمين كائنا ما كانت أصولهم واعراقهم واجناسهم وألسنتهم، وأهل الذمة من الذين اختاروا البقاء على ديانتهم الأصلية. فدار الإسلام لا تضم المسلمين وحدهم ولذا فقد سمحت قواعد الشرع الحنيف بتطبيق الشرائع الأخرى التى تمس غير المسلمين فى صورة من التسامح غير المسبوق.

---

(١) انظر مؤلف فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة، العلاقات الدولية فى الاسلام، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٥٣؛ وانظر محمد مقبل البكرى، مشروعية الحرب، المجلة المصرية للقانون الدولى، العدد ٣٥ ، سنة ١٩٧٩.

(٢) انظر أحكام أهل الذمة للعلامة شمس الدين ابى عبد الله محمد ابن ابى بكر قيم الجوزية - دار العلم للملايين - بيروت، تحقيق الدكتور صبحى الصالح، المجلد الأول، ص ٣٦٦، ولو كانت متاخمة لديار الإسلام، إذ أن المسلمين فيها لا يأمنون بأمان المسلمين، انظر السياسة الشرعية للشيخ عبد الوهاب خلاف، المطبعة السلفية، ص ٦٩.

(٣) انظر الاقناع فى فقه الامام احمد بن حنبل، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦، ٤٧.

ثانيا : امتداد ولاية القضاء فى ضوء تعدد السلطات القضائية:

اذا كان الاختصاص القضائى الدولى هو تحديد نطاق ولاية قضاء الدولة بالمنازعات ذات الطبيعة الدولية، فإن السؤال الذى يطرح نفسه هنا هو هل دار الاسلام عبارة عن دولة واحدة وبالتالى يتمتع أهلها بجنسية وموطن فى اطار دولة واحدة ام يمكن تقسيم هذه الدار فتختلف الجنسيات والمواطن لمواطنى هذا الدار ومن ثم تنحصر ولاية قضاء كل من هذه الدول بإقليمها أو على من يحملون جنسيتها والمتوطنين فيها بحيث يعتبر المسلم مواطن فى دولة إسلامية واجنبى فى دولة إسلامية أخرى.

لم يتفق الفقهاء فى هذه المسألة بل تفرقوا الى فريقين:

الأول : وحدة السلطة القضائية لعدم جواز تقسيم الدولة:

ويرى أنصار هذا الفريق أن الدولة الإسلامية تضم جميع البلاد الإسلامية، ومن ثم تمتد ولاية القضاء الإسلامى إلى كل أهل هذه الدولة بكل اقطارها بموجب رابطتى التبعية: التوطن أو الاقامة(١).

---

(١) وفى ذلك يقول الامام ابن تيمية "بلاد الإسلام كلها بمنزلة البلدة الواحدة". انظر فتاوى واختيارات شيخ الإسلام تقى الدين ابى العباس المعروف بابن تيمية، مطبعة كردستان العلمية، القاهرة، ط ١٣٢٦هـ، الجزء الرابع، ص ١٨٥. وانظر الاحكام السلطانية للماوردى، مرجع سبق ذكره، ص ٩، والأحكام السلطانية لأبى يعلى، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥، وانظر أيضا الفصل فى الملل والأهواء والنحل لابن حزم تحقيق الدكتور محمد ابراهيم نصر وأخر الجزء الرابع، ص ١٥١، وانظر ظافر القاسمى، نظام الحكم فى الشريعة والتاريخ الإسلامى، الكتاب الأول "الحياة الدستورية"، دار النفائس بالكويت، ص ٣١٩، وانظر بحث الدكتور عبد الكريم زيدان، الشريعة والقانون العام، منشور ضمن مجموعة بحوث فقهية، مكتبة القدس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م، ص ٥٠، وكذلك

الثانى: تعدد السلطات القضائية لإجازة تقسيم الدولة:

على خلاف الفريق الأول اجازت جماعة من الفقهاء تقسيم دار الإسلام وتعدد الدول الإسلامية عند تباعد الديار[١]. مع ما يترتب على ذلك من آثار فى تعدد رابطة التبعية بالنسبة لأهل "دار الإسلام" ، ومن ثم عدم امتداد ولاية القضاء فى كل دولة من هذه الدول إلا لتابعيها ممن يخضعون لسلطاتها أو لمن يقيمون فى إقليمها[٢].

والحقيقة أننا مع الرأى القائل بأن المطلوب هو "إقامة الدولة الإسلامية واستمرارها" بصرف النظر عن مسمى النظام القائم، ومن ثم فمن "الممكن اطلاق أسماء تناسب التطور السياسى فى العصر الحديث" وأنه إذا أجيز تعدد الأقطار الإسلامية فإن ذلك يجب أن يتقيد "بتحقيق الوحدة فى الأهداف والغايات"[٣].

إلا أنه ومسايرة للواقع الحالى للأمة الإسلامية نتصور وجود علاقات بين أفراد من دولة إسلامية وأخرى مثلها أو من أى الدول الإسلامية مع أفراد من دول أخرى غير إسلامية ويمكن تصور حدوث منازعات ذات عنصر دولى قد تعرض على قضاء

الدكتور يوسف القرضاوى، من فقه الدولة فى الإسلام، دار الشروق ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص ٣٢.

(١) انظر الدكتور عبد الكريم زيدان، الدولة الإسلامية، بدون تاريخ، ص ٣٢ حيث ينسب هذا الاتجاه الى فقهاء الشريعة الأمامية والزيدية وجماعة المعتزلة.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر مؤلفنا الضوابط الشخصية للاختصاص القضائى الدولى، ط ٢٠٠٠، ص ١٧ ومابعدها.

(٣) انظر فضيلة الأستاذ الدكتور محمد ضياء الدين الريس، النظريات السياسية الإسلامية، مكتبة دار التراث، الطبعة السابعة، ١٩٧٦، ص ٢٠٨، ٢١٠، ٢٤٣، ٢٤٦، ٢٤٧، والدكتور فاروق عبد العليم، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٥ ومابعدها.

أى من الدول الإسلامية فيختص بها بناء على صلة أو أخرى من صلات أو ضوابط الاختصاص القضائى.

ثالثا: مدى ولاية القضاء بالنسبة للوطنيين والأجانب:

تثير هذه المسألة تساؤلا عمن هو الأجنبى وهل له الحق فى أن يتخاصم لدى قضاء الدولة استناد الى اقامته فيها.

لم تعرف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ألفاظ وطنى وأجنبى بمعناها الاصطلاحى فى قوانينا كما لم تعرف القوانين الحديثة مصطلحات فقهاء الشريعة فى هذا الشأن، ولكن من الممكن دائما البحث عن الفكرة التى تتركز فى مدلول اللفظ المستعار من لغة قانونية الى لغة أخرى. وعلى هذا نبحث فيمن يعتبر أجنبيا، بالمدلول الحديث للمصطلح فى الشريعة الإسلامية(١).

أسلفنا فيماسبق أن الفقهاء قد ميزوا بين ثلاث طوائف من الأفراد الذين يقيمون على إقليم الدولة:

المسلمون والذميون والمستأمنون.

حيث يرتبط المسلمون بالدولة الإسلامية ويحملون جنسيتها سواء كانوا مقيمين فيها أو وافدين إليها من أى مكان(٢). ومن ثم فلا جدال فى أنهم من مواطنى الدولة وفى امتداد ولاية القضاء إلى

---

(١) انظر الدكتور أحمد مسلم، القانون الدولى الخاص، طبعة ثانية، ١٩٥٥، ص ٣٣٥ ومابعدها.

(٢) انظر الدكتور أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ٣٣٦، والدكتور محمد ضياء الريس، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

خصوماتهم استنادا إلى تبعيتهم لها[١].

ويرتبط الذميون بالدولة الإسلامية بعقد الذمة الذى بموجبه يصير الذمى - غير المسلم - من أهل دار الإسلام[٢] ومن ثم يحمل جنسيتها بموجب الأمان[٣]. ومن ثم فلا جدال فى امتداد ولاية القضاء إلى منازعاتهم بالنظر إلى جنسيتهم، فالذميين وإن لم يكونوا مسلمين إلا أن القاعدة العامة فى حقوقهم وواجباتهم أنهم فيها كالمسلمين إلا ما ورد فيه استثناء[٤].

فهم ليسوا بالأجانب بل هم من أفراد مجتمع الدولة الإسلامية ويتمتعون بحقهم فى التقاضى أمام قضائها مدعين أو مدعى عليهم. وبالتالى فلا جدال فى امتداد ولاية القضاء إلى خصوماتهم بناء على الضابط المستمد من جنسيتهم.

أما المستأمن[٥] فهو غير المسلم التابع لدولة غير إسلامية، إذا دخل إقليم الدولة الإسلامية بأمان موقت[٦] فهو بهذا المعنى

---

(١) على النحو الذى سنفصله لاحقا.

(٢) انظر المبسوط للأمام أبى بكر محمد ابن أبى سهل السرخسى (الحنفى) ، مطبعة دار المعرفة، لبنان، الجزء العاشر ، ص ٢٨١. وقارن الدكتور عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولى الخاص، ص ٢٠٩ - ٢١٠ حيث يرى أن الذميين لا يتمتعون بجنسية دار الإسلام، وهو ما نعارضه فيه.

(٣) انظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا الضوابط الشخصية....... ، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢.

(٤) بصفة عامة مؤلفنا نظرات فى الجنسية المصرية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٨، ومؤلفنا الضوابط الشخصية للاختصاص القضائى، المرجع السابق، ص ٢٣ ومابعدها. وانظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للأمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى (الحنفى)، المطبعة الجمالية بمصر، ط ١٣٢٧هـ ، الجزء الخامس، ص ٢٨١.

(٥) بكسر "الميم" طالب الأمان، وبفتح "الميم" من صار آمنا.

(٦) بالمقابلة للأمان المؤبد (عقد الذمة).

"الأجنبى" فى اصطلاحنا القانونى[١] المعاصر.

ولاشك فى أن حماية حقوقه يقتضى بالضرورة امتداد ولاية القضاء إليه فى الخصومات التى يدخل فيها، ذلك أن تباين الولايات باختلاف الدار[٢] لا يوجب الاخلال بحقوق الأجانب[٣].

ويلاحظ هنا :

أولا: أنه خلافا للرأى السائد فى فقه القانون الدولى فى الوقت الحاضر الذى يرى أن مصدر حقوق الأجانب هو القانون الدولى العام، فإن الحقوق التى يتمتع بها الأجانب فى دار الإسلام تجد مصدرها فى القانون الوطنى للدولة الإسلامية، أى الشريعة الإسلامية وحدها.

ثانيا: أن هذه الشريعة قد جعلت حقوق المستأمن بما فى ذلك حق التقاضى، من مقتضيات الأمان الممنوح له ومن نتائجه. والقاعدة أن الوفاء بمقتضى الأمان توجبه الشريعة الإسلامية ولا تملك السلطة ولا أفراد المجتمع التفريط فيه، لأن التفريط فيه غدر وخيانة، والخيانة منهى عنها فى شرعة الإسلام[٤].

---

(١) انظر الأمام محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية فى الإسلام، طبعة دار الفكر العربى، دون تاريخ، ص ٧١، بند ٣٨.

(٢) بمعنى اختلاف السلطة باختلاف الدولة. وانظر عرض تطبيقى لهذه القاعدة فى الاستمرار فى الاعتراف بالزواج الذى يعقد بين أهل دار الإسلام وأهل دار الحرب فى باب "نكاح أهل دار الحرب" - المبسوط" ، الجزء الخامس، ص ٥١.

(٣) لمزيد من التفصيل انظر مؤلفنا السابق، ص ٢٥ - ٢٦.

(٤) فإذا ما فرض ووقعت خصومة بين المسلم وغيره من أهل الدول غير الإسلامية اختص القضاء فى الدولة الإسلامية بنظر هذه الخصومة استنادا إلى السيادة الشخصية على المسلم ولو كان خارج الدولة الإسلامية طالما كان ما وقع منه مخالف لشريعة الإسلام علاوة على انعقاد الاختصاص بمجيء الأجنبى أو وكيله

إلا أن اختصاص القضاء بشأن خصومات المستأمنين لا يكون إلزاميا فى كل الأحوال[1].

والحقيقة أن هذا لا يختلف مع التحليل الذى يقدمه فقهاء القانون الدولى الخاص عند الكلام عن مركز الأجنبى من القضاء:

إذ يقولون أنه يمكن النظر إلى القضاء فى الدولة من زوايتين متقابلتين: النظر إليه كمرفق عام كسائر المرافق العامة والنظر إليه كنظام من أنظمة الحكومة، بالمعنى الضيق لكلمة الحكومة، فيستفيد منه الأفراد فى الحالة الأولى أو بالوصف الأول ويخضعون له فى الحالة الثانية أو بالوصف الثانى.

فالقضاء كمرفق عام يؤدى خدمة عامة للأفراد بالفصل فى المنازعات بينهم واعطاء كل ذى حق حقه. وهو بذلك الوصف مفتوح بالضرورة للأجانب، على الأقل فى علاقاتهم مع الوطنيين وينبغى عدم التمييز بين طرفى الدعوى فى ذلك علاوة على أنه يجب أن يكون مفتوحا للأجانب فى علاقاتهم فيما بينهم، مادامت بهم حاجة حقيقية إليه، وإلا كان فى ذلك إنكار للعدالة دوليا.

لرفع الدعوى أمام القضاء فى الدولة الإسلامية على مدعى عليه من أهل دار الإسلام.

انظر الدكتور عبد الكريم زيدان، بحث فى معاملة الأقليات غير المسلمة والأجانب فى الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، السنة السابعة، العدد ٣ سبتمبر ١٩٨٣ـ ص ٣٢٤.

(١) سنرى أنه سيكون اختياريا للقاضى أن يقضى بينهم أو يعرض عنهم ويقول الدكتور أحمد مسلم أن القانون الفرنسى يأخذ بحكم مشابه بالنسبة لاختصاص القضاء الفرنسى بالمنازعات بين الأجانب، إذ القاعدة فيه عدم الاختصاص بتلك المنازعات، ولو أن استثناءات هذه القاعدة تكاد تهدمها، المرجع السابق، هامش ص ٣٣٨.

خصوصا وأنه لا توجد سلطة قضائية دولية للفصل فى خصومات الاجانب أو المنازعات ذات العنصر الأجنبى[١].

أما القضاء كنظام حكومى فهو نظام أمن يخضع له الأجانب خضوعهم لسائر نظم الأمن فى الدولة أسوة بالوطنيين، فتجوز مقاضاة الأجنبى أمام محاكم الدولة، شريطة أن يكون متوطنا فيها أو لوجود صلة بين الدعوى ومجتمعها[٢].

والأصل أن ولاية القضاء العامة فى أى دولة تكون لها دون غيرها على جميع القاطنين فى إقليمها سواء كانوا أجانب أو مواطنين، فوحدة سلطة القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة. والحقيقة أن دار الإسلام تقوم على أساس مبدأ وحدة القانون، ووحدة القضاء، فالقانون الوحيد الذى تطبقه جميع محاكم الدولة هو القانون الإسلامى، وإن صادف تطبيقه تطبيق قواعد موجودة فى قانون أجنبى، فلا يعد ذلك تطبيقا للقانون الأجنبى ذاته، بل تطبيق لقواعد الشريعة الإسلامية وحدها، ومحاكم الدولة الإسلامية هى المختصة بالنظر فى جميع قضايا الموجودين على إقليمها لتقضى بينهم بالقانون المشار اليه[٣] سواء كان ذلك بناء على ضابط امتداد ولاية القضاء لأهل دار الإسلام برابطة التبعية أو بناء على ضابط الاقامة بالنسبة للأجانب الموجودين وجودا مؤقتا على إقليمها أو بناء على اختيار التقاضى أمام قضائها، أو غير ذلك من ضوابط

---

(١) انظر الدكتور أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ٣٢٠ - ٣٢١.
(٢) انظر المرجع السابق، ص ٣٢٢.
(٣) الدكتور عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٣٣٥، وفى تحديد معنى المقصود بقانون دار الإسلام انظر لنفس المؤلف نظام القضاء فى الشريعة الإسلامية ، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٨.

الاختصاص.

المطلب الثانى

الموطن كضابط للاختصاص القضائى الدولى

يعد تحديد معنى الموطن من مسائل الوصف أو التكييف التى يحكمها القانون الوطنى للقاضى، أى القانون المصرى وفقا لنص المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى.

ويعد استخدام الموطن من أكثر ضوابط الاختصاص القضائى شيوعا فى التشريعات الوضعية سواء بالنسبة للمنازعات الوطنية المحضة أو بالنسبة للمنازعات ذات العنصر الأجنبى. حيث يعتمد المشرع على استخدام موطن المدعى عليه لعقد الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة.

ويرجع اصل هذه القاعدة للقانون الرومانى الذى كان يقضى بأن المدعى يسعى إلى المدعى عليه فى محكمته.

وقاعدة انعقاد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه من القواعد التى عرفت فى الفقه الإسلامى واتجه الفقهاء إلى ترجيح العمل بها وهو ما ظهر واضحا فى نص المادة ١٨٠٣ من مجلة الأحكام العدلية التى وضعت فى العهد العثمانى وفق أرجح الآراء فى المذهب الحنفى باعتباره المذهب الرسمى للدولة العثمانية[1].

---

(١) انظر: درر الحكام فى شرح مجلة الأحكام كتاب القضاء، الكتاب السادس عشر، ص ٥٥٤، وانظر الإقناع فى فقه الأمام احمد بن حنبل، تأليف أبو النجا شرف الدين موسى، الحجاوى المقدسى دار المعرفة، بيروت دون تاريخ، الجزء الرابع، ص ٣٦٧، وانظر شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يوسف بن إدريس البهوتى، عالم الكتب ، بيروت، الجزء السادس، ص ٤٦٣، وكذلك تبصرة الحكام

فقد عرف الفقه الإسلامى تخصيص القاضى[١] ببلد أو جهة فلا تكون له ولاية قضائية مع أى جهة أخرى غيرها، وإنما ولايته على منازعات سكان الإقليم (بالتوطن) دون الطارئين عليه أو على منازعاتهم مع الطارئين إليه (بالإقامة المؤقتة) مبررين الاختصاص بمقتضى الإقامة المؤقتة بقولهم "لأن الطارئ إليه كالساكن فيه"[٢].

وقد أخذت معظم التشريعات الحديثة بهذه القاعدة ، على أساس من مبدأ ضمان الفاعلية الدولية للاحكام ، ذلك أن محكمة موطن المدعى عليه هى أقدر المحاكم على إلزام المدعى عليه بالحكم الصادر منها بما لها من سلطة فعلية عليه ، وهى أقدر محكمة على كفالة آثار الحكم الصادر منها باعتبار أن موطن المدعى عليه هو المكان الذى تتركز فيه مصالحه وأوجه نشاطه .

وقد أخذ المشرع المصرى بقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه باعتبارها من القواعد الأساسية فى مجال الاختصاص الداخلى ، حيث نصت صراحة المادة ١/٤٩ من قانون

لابن فرحون، الجزء الأول ، ص ٨٤؛ ومحمد مصطفى الزحيلى، التنظيم القضائى فى الفقه الإسلامى، دار الفكر، دمشق، ص ٩٠؛ الدكتور محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية، الناشر جامعة الملك مسعود، الرياض، ١٩٨٨/ ١٤٠٨هـ، ص ١٠٤ ومابعدها.

(١) وينشأ هذا التخصيص من قرار الحاكم بتعيين حدود ولاية القاضى انظر المغنى لابن قدامة، الجزء التاسع، ص ١٠٥.

(٢) انظر الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبى الحسن الماوردى ، مطبعة مصطفى الحلبى، ط٣ سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م، ص ٧٣؛ والمغنى لابن قدامة، طبعة دار الكتاب العربية، بيروت الجزء ١١، ص ٤٨١، حيث يقول "ويجوز أن يولى قاضيا عموم النظر فى خصوص العمل فيقلده النظر فى جميع الأحكام فى بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه.

المرافعات على أن "يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه مالم ينص القانون على خلاف ذلك"(١). مؤكدا بذلك ماسبق ونص عليه فيما يتعلق بالاختصاص القضائى الدولى بالمادة ٢٩ من ذات القانون من أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج"(٢).

ويتسم الضابط المستند إلى الموطن أو محل الاقامة بثلاث خصائص تميزه وتبين طبيعته:

١- أنه ضابط شخصى وإقليمى. بمعنى أنه مبنى على الصلة التى بين الشخص وإقليم الدولة.

٢ - وأنه ضابط قانونى. لأنه مبنى على فكرة قانونية (الموطن أو محل الاقامة).

٣ - وأنه ضابط عام. لأنه لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات(٣).

ولا يمنع استخدام الجنسية كضابط للاختصاص من استخدام الموطن أيضا ضابطاً للاختصاص بالنسبة لمواطنى الدولة إلا أن الغالب أن استخدام الموطن أو محل الاقامة لتقرير الاختصاص للمحاكم الوطنية يكون أظهر وأكثر فائدة بالنسبة للأجنبى المتوطن

---

(١) بذلك يكون المشرع قد اخذ بمبدأ عام مقتضاه أن الاصل فى الاختصاص المحلى هو المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه وهو ذات المبدأ المقرر فى قانون المرافعات القديم الصادر سنة ١٩٤٨.

(٢) انظر أيضا نص المادة الخامسة من نظام تنظيم الأعمال الإدارية فى الدوائر الشرعية السعودى الصادر عام ١٣٧٢هـ.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٦٤٦.

أو المقيم فى البلاد.

ويستند الفقهاء فى تأصيل انعقاد الاختصاص بناء على ضابط الموطن أو محل الاقامة إلى ثلاث حجج أساسية:

١ - فكرة السيادة:

إذ أن كل من الموطن ومحل الاقامة "صلة بين الشخص وإقليم الدولة" ومن ثم يصل الشخص المنازعة بسيادة الدولة على إقليمها وبالتالى يصلها بولاية القضاء فيها.

٢ - قاعدة أن الأصل براءة الذمة:

ذلك أنه مراعاة لقاعدة أن الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه إلى أن يثبت المدعى عكس ذلك، يجب ألا نشق عليه بقبول ثبوت شغل ذمته خلافا للأصل(١)، وبالتالى يتعين الاعتداد بموطن المدعى عليه لا بموطن المدعى لأن الأول أولى بالرعاية من الثانى(٢).

٣ - مبدأ الفاعلية:

إذ على الرغم من التأكيد على أن القضاء يمثل مظهر من مظاهر سيادة الدولة إلا أن هناك اتفاق بين غالبية الفقهاء على أن الأساس الحقيقى لانعقاد الاختصاص بناء على ضابط الموطن أو الاقامة ينبع من مبدأ من المبادئ الأساسية التى تحكم التوزيع

---

(١) انظر المادة ٨ من مجلة الأحكام العدلية درر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف على حيدر الكتاب الأول فى القواعد الفقهية الكلية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٢١، وانظر فضيلة الدكتور محمد سلام مدكور ، معالم الدولة الإسلامية، مكتبة الفلاح بالكويت، ط ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص ٣٦٢.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٦٤٩، ٦٨١.

الدولى للاختصاص القضائى، وهو مبدأ الفاعلية والقوة التى يجب أن تتمتع بها الاحكام الصادرة من القضاء الوطنى(١). نظرا لأن المدعى عليه الأجنبى يوجد موطنه أو محل اقامته فى مصر. وبالتالى تسهل اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهته وعلى أمواله إذا كانت له أموال موجودة على أرض مصر(٢).

الاختلاف على نطاق استخدام ضابط الموطن أو الاقامة:

اختلف الفقهاء حول نطاق الاختصاص القضائى بمنازعات الأجنبى بناء على ضابط اقامته فى الدولة ضيقا واتساعا إلا أنه يمكن رد هذه الآراء إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: قبول الاختصاص مسألة اختيارية للقاضى:

فقد اتجه بعض الفقهاء والمفسرين إلى انعقاد الاختصاص للقضاء بنظر المنازعة التى يكون المدعى أو المدعى عليه فيها أجنبيا مقيما فى الدولة استنادا إلى هذه الاقامة، إلا أن للقاضى أن يقبل نظر الدعوى أو يعرض عنها، وذلك تفسيرا لقول الله سبحانه وتعالى "فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم"(٣).

---

(١) انظر استاذنا الدكتور عكاشة عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، ١٩٨٥، ص ٥٤ ومابعدها.

(٢) انظر استاذنا الدكتور فؤاد رياض، الوجيز فى تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى، ط ١٩٨١، ص ٣٥٩، والدكتورة حفيظة الحداد، القانون القضائى الخاص الدولى، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٢، ص ٥٠، ٧٣.

(٣) المائدة: الآية ٤٢.
فيقول القرطبى فى تفسير هذه الأية "هذا تخيير من الله تعالى .... وتقدم أنهم كانوا أهل موادعة لا أهل ذمة، فإن النبى ﷺ لما قدم المدينة وادع اليهود. ولا يجب علينا الحكم بين الكفار إذا لم يكونوا أهل ذمة، بل يجوز الحكم إن أردنا".

ذلــك "أن أهــل الأمـــان أهــل عهــد وأهــل العهــد إذا تحـاكموا إلينـا، فحاكمنـا بالخيـار بـين: أن يحكـم بيـنهم، وبـين أن يمتنـع، والـذى عليـه قـول الأكثـرين أن الآيـة نزلـت عامـة، لغيـر سبب"(١). ومن ثم تمثل قاعدة تطبق فى كل حالة مماثلة.

الاتجاه الثانى: قصر الاختصاص على الدعاوى المتعلقة بالتزام ترتب فى دولة القاضى:

اتجه البعض الآخر إلى التضييق من الاختصاص القضائى بهذه المسائل، حيث ميزوا بين ما إذا كـان القضاء سينظر فـى دعوى رفعت علـى الأجنبى بشأن حق قد ترتب فـى ذمتـه أثنـاء إقامته فى دولة القاضى وبين ما إذا كانت بشأن حق ترتب فى ذمته قبل دخوله إليها. فبينما أجازوا الاختصاص بالحالة الأولى رفضوا الاقرار للقاضى بالاختصاص فى الحالة الثانية(٢).

الاتجاه الثالث: الاختصاص بكل منازعات الأجنبى المقيم:

توسع بعض الفقهاء فـى عقد الاختصاص للقضاء بالنسبة للأجنبـى بنـاء علـى ضـابط الإقامـة ولـم يـشترطوا لاختـصاص المحكمة بنظر فعل غير مشروع وقـع مـن الأجنبى خـارج إقليم الدولة إلا أن يكون قد دخل الدولة بموجـب عقد الأمان، بمعنـى أنـه

الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الانصارى القرطبى، الجزء السادس، ص ١٨٤.

(١) انظر الحاوى الكبير للأمام الماوردى، مرجع سبق ذكره، الجزء الثامن عشر، ص ٤٤٦.

(٢) انظر فى فقه المذهب الحنفى المبسوط، مرجع سبق ذكره، الجزء ١٧،ص ١٧٠. حيث يقول الامام "فان المداينة فى دار الحرب سبب لوجوب المال للمسلم "على المستأمن"ولكن لا تسمع الخصومة فيه فى دار الإسلام مالم يسلم أو يصير ذميا ... وكذلك لو أقر بذلك لمستأمن مثله أو لذمى...".

لا تصح الدعوى من الأجنبى الذى لم يعط الأمان ، ولا تصح كذلك الدعوى عليه[١].

فإن أعطى الأجنبى الأذن بدخول الدولة (أى كانت اقامته مشروعة) سواء كان ذلك باتفاقية للهدنة أو بموجب أمان مخصوص يعطى لكل أجنبى على حدة، تسمع الدعوى منه وعليه[٢].

وواضح أن المذهب الأخير أولى بالاتباع ذلك أن الشريعة الإسلامية، شأنها شأن القانون الدولى المعاصر، قد أقرت للأجنبى حداً أدنى للحقوق العامة حتى اعتبره الفقهاء "بمنزلة أهل الذمة"[٣] وهؤلاء من مواطنى الدولة فتساوى بذلك الأجنبى بالوطنى.

حتى أن البعض ذهب إلى أن على الامام أن يحمى المستأمنين ماداموا فى دار الإسلام وأن ينصفهم ممن يظلمهم كما يجب عليه ذلك فى حق الذميين[٤].

---

(١) انظر مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى (الشافعى)، ط. مصطفى الحلبى، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م الجزء الرابع فى شرح قول النووى "وإنما تسمع من مكلف ملتزم على مثله"، ص ١١٠.

(٢) انظر فضيلة الاستاذ الدكتور محمد رأفت عثمان، النظام القضائى فى الفقه الإسلامى، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، طبعة ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م، ص ١٦٧ - ١٦٨؛ وانظر الامام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٧١.

(٣) انظر شرح السير الكبير، الجزء الثانى، ص ٢٦٦.

(٤) انظر المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ٣٠٠، ولاسيما وأن الفقه قد صرح بحق الأجنبى فى مباشرة المعاملات المالية مع المواطنين مسلمين كانوا أو ذميين، انظر المقدمات الممهدات لابن رشد (المالكى) ، مطبعة السعادة، ط ١٣٩٥هـ الجزء الثانى ص ٢٨٩؛ كما أجازوا للأجنبى تملك المنقول والعقار بل وله تملك عقار المسلم بحق الشفعة
انظر المغنى ، الجزء الخامس، ص ٣٥٧ - ٣٥٨ من طبعة دار المنار سنة ١٣٦٧هـ، وفتح العزيز شرح الوجيز للعلامة ابن القاسم عبد الكريم بن محمد الشهير بالرافعى (الشافعى المذهب) الجزء السابع، ص ٦.

وبديهى أن الأمام لا ينصف الأجنبى ممن ظلمه إلا إذا كان يحق للأول أن يكون مدعيا أو مدعى عليه لدى الامام أو من ينوب عنه من القضاة ممن يوليهم الفصل بين الناس.

المقصود بالموطن:

يمكن التفرقة بين أربعة صور للموطن:

١ - الموطن العام :

وهو ما حددته المادة ٤٠ من القانون المدنى المصرى بأنه "المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة"[١] . وللموطن العام عنصرين:

أ - العنصر المادى :

ويقصد به الإقامة والسكن فى إقليم الدولة ولو كان الشخص يتغيب عنه بعض الوقت .

ب - العنصر المعنوى :

وهو نية البقاء[٢] والاعتياد والاستقرار فى هذا الإقليم . وقد

كما أجاز الفقهاء مزارعة الأجنبى الذى يدخل دار الإسلام بأمان سواء كانت المزارعة بتسليم المسلم الأرض للأجنبى أم اشترى الأجنبى الأرض وسلمها للمسلم، فيجب على كل منهما الالتزام بما اتفقا عليه على سند من التزام الأجنبى بأحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات مادام مقيما فى الدولة الإسلامية.
انظر المبسوط ، الجزء الثالث والعشرون، باب مزارعة الحربى.
إذ لا تخلو التجارة والبيوع وتناقل الملكية فى المنقول والعقار من منازعة ترفع إلى القاضى.

(١) أنظر فى تطبيق هذا النص حكم محكمة جنوب القاهرة الصادر عن الدائرة ٢٣ أحوال شخصية أجانب فى الدعوى رقم ١٢٧ لسنة ١٩٩٨ بجلسة ١٩٩٨/١١/٣٠ بشأن دعوى مرفوعة من زوجة مصرية ضد زوجها السودانى الجنسية الموطن فى جمهورية مصر العربية .

(٢) ويستقل قاضى الموضوع بتقدير توفر هذه العناصر باعتبارها من الأمور الواقعية. انظر أحكام النقض فى ٦٦/٣/١٠ المكتب الفنى سنة ١٧ق ص ٥٥١. و١٩٧٦/١١/١٨ سنة ٢٧ق ص ١٦١٩ . وفى تحديد الموطن فى فقه الشريعة

يكون للشخص أكثر من موطن واحد إذا كان يقيم مثلا فى مكانين إقامة معتادة.

٢ - الموطن الخاص :

قد لا يكون للشخص موطن عام فى مصر ولكنه يتخذ منها مع ذلك مقراً لمباشرة نشاط معين كتجارة او حرفة .

فالمكان الذى يباشر فيه الشخص تجارته او حرفته يعتبر موطنا بالنسبة لادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (المادة /٤١ مدنى).

وعلى ذلك أجاز المشرع اختصاص المحاكم المصرية بما يرفع على الشخص من منازعات سواء أكان اختصاصه فى موطنه العام أو الخاص إلا أنه قصر الاختصاص فى الحالة الثانية على الدعاوى المتعلقة بالتصرفات المرتبطة بالموطن الخاص دون غيرها.

٣ - الموطن المختار :

قد لا يوجد للمدعى عليه موطن عام أو خاص فى مصر ولكن يكون له فيها موطنا مختاراً . وقد عرفت المادة ٤٣ من القانون المدنى الموطن المختار بأنه "هو ما يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين" ويكون "الموطن المختار ... هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل...".[1]

الإسلامية (نقض فى ١٩٨٠/١٢/٢٢ طعن رقم ٤٥ لسنة ٤٨ق). حيث لا يختلف مفهوم الموطن فى الشريعة عنه فى القانون المدنى الحالى .

(١) أنظر فى تطبيق هذا النص حكم محكمة جنوب القاهرة الصادر من الدائرة ٢٣ احوال شخصية أجانب فى الدعوى رقم ٩١ سنة ١٩٩٨ بجلسة ١٩٩٨/١١/٣٠

وقد نصت المادة ٣٠ من قانون المرافعات على أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن او محل اقامة فى الجمهورية وذلك فى الاحوال الآتية :

١ - اذا كان له فى الجمهورية موطن مختار".

وتعالج هذه المادة حالات ينعقد فيها الاختصاص لمحاكم الجمهورية على الرغم من ان المدعى عليه الاجنبى ليس له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية .

ولما كان الموطن المختار قاصراً على كل ما يتعلق بالعمل القانونى الذى تم اختيار هذا الموطن لتنفيذه كما اوضحت المادة ٤٣ مدنى فإن اختصاص المحاكم المصرية يكون قاصراً على الدعاوى المرتبطة بهذا العمل القانونى .

٤ - الموطن القانونى :

راعى المشرع أن هناك طائفة من الاشخاص يقيمون عادة فى مكان، بينما يُعتبر مكان آخر موطنا لهم. فهؤلاء الاشخاص لا يستطيعون مباشرة حياتهم القانونية لوجود عارض يحول دون ذلك، ولابد أن تباشر أعمالهم القانونية بواسطة شخص آخر الذى يعد موطنه هو الموطن القانونى أو الحكمى بالنسبة لهم .

فموطن من ينوب عن القاصر أو المحجور عليه والمفقود والغائب، يعتبر موطنا لهؤلاء . فرعاية مصلحة عديمى الاهلية أو

بشأن دعوى من مصرية من زوجها السورى الجنسية الذى اتخذ لنفسه محلا مختاراً بشأن هذه الدعوى داخل الجمهورية .

ناقصيها وكذلك المفقود والغائب ، تبرر عقد الاختصاص بالدعاوى التى ترفع عليهم، للمحكمة الكائن فى دائرتها موطن من ينوب عنهم قانونا ، كما قررت ذلك صراحة المادة ٢/٤٢ من القانون المدنى المصرى .

ويلاحظ هنا أن القانون قد يجيز للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه ، مباشرة نشاط أو تصرف معين ، فيكون موطنه الفعلى ، وليس موطن نائبه ، موطنا خاصا بالنسبة للاعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها . فالدعوى التى ترفع على هذا القاصر والمتعلقة بهذه الاعمال والتصرفات تختص بها المحكمة الكائن فى دائرتها موطنه الفعلى.

مشكلة انعقاد الاختصاص بالإقامة العارضة فى الدولة:

لم يقتصر المشرع المصرى على الأخذ بضابط الموطن لعقد الاختصاص للمحاكم بل اعتبر مجرد كون الاقليم المصرى محل لاقامة المدعى عليه الاجنبى كافيا لعقد الاختصاص لهذه المحاكم بالدعاوى التى ترفع على هذا الأجنبى .

ومن المسلم به أن الاقامة تختلف عن الموطن اذ هى تقوم على العنصر المادى دون العنصر المعنوى أى دون ان يكون لدى الشخص نية الاستقرار ، فيعد اقليم الدولة محلا لاقامة الشخص لمجرد اقامته المادية فيه[1].

---

(١) ويؤيد فريق من الفقه أخذ المشرع المصرى بضابط الاقامة فقط فى عقد الاختصاص للمحاكم المصرية باعتبار أن ذلك يتمشى مع الدور المتزايد لفكرة

وقد اتخذت بعض التشريعات الحديثة من الوجود العارض للمدعى عليه فى الدولة ضابطا للاختصاص، ومن أظهر الأمثلة على ذلك القانون الانجليزى فيما يتعلق بالدعاوى الشخصية وإن اشترط تحقق إجراء من إجراءات المرافعات هو إعلان الدعوى لشخص المدعى عليه أثناء تواجده بانجلترا وذلك سواء أكان الوجود اختياريا أم جبريا. وهو نفس ما اتبعه القانون الأمريكى مع قصره على حالة كون وجود الشخص بالاقليم الأمريكى اختياريا. وقد كان المشرع المصرى ممن يأخذون بهذا الضابط للاختصاص فى المادة ١/١٤ من القانون المدنى المختلط، إبان سريان هذا القانون، وكانت المحاكم المختلطة تستلزم أن يكون المدعى عليه قد أعلن بالدعوى أثناء وجوده فى مصر، إلا أن المشرع قد أغفل النص على هذه الحالة فى قوانين المرافعات التى تلت الغاء القانون المدنى المختلط باعتباره أساس ضعيف لاتصال النزاع بولاية القضاء الوطنى(١).

وقد ذهب بعض فقهاء المالكية إلى عقد الاختصاص للقاضى على المدعى عليه بمجرد وجوده العارض لأى سبب كان فى البلد الذى يحكم فيه القاضى حتى أن بعضهم توسع فى ذلك ليجعل الاختصاص للقاضى ولو كانت الدعوى من الدعاوى المتعلقة بالعقار وجعلوا القاعدة أن كل من تعلق برجل فى حق من الحقوق فإنما يخاصمه فى الموضع الذى تعلق به فيه إن كان لذلك الموضع

الاقامة فى القانون الدولى الخاص على وجه العموم. أنظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة : محاضرات فى المرافعات المدنية الدولية ص ٨٠.

(١) انظر فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٦١٦ - ٦٥٧ وخصوصا ص ٦٤٧ - ٦٤٨.

أمير يحكم أو قاضى (سواء) كان المدعى فيه فى ذلك الموضع أو غائبا عنه"[١].

وهو ما أخذ به فى تفسير المادة ١٨٠٧ من مجلة الأحكام العدلية التى كان يعمل بها إبان الحكم العثمانى حيث فسرت بأن للقاضى فى قضاء - أى فى دائرة اختصاصه أن يستمع دعوى الأراضى أو العقار التى هى فى قضاء آخر - فى اختصاص محكمة أخرى - بشرط أن يكون المدعى عليه موجودا فى دائرة قضاء ذلك القاضى حتى ولو كان المدعى عليه دخل فى دائرة قضاء ذلك القاضى "مسافرا".

الا أن البعض الآخر رأى تضييق نطاق هذه القاعدة - لتواكب ما تسير عليه القوانين المعمول بها فى وقتنا الحالى - بحيث يقتصر اختصاص القاضى بالمنازعات المتعلقة بمدعى عليه يوجد فى نطاق ولايته وجودا عارضا اذا ما كان ذلك بشأن "دين أو مال أو حق مما يكون فى ذمم الرجال" ومن ثم لا تسرى فيما يتعلق بالدعاوى المتعلقة بالعقار إلا إذا "كان أيضا فى الموضع الذى فيه المدعى فيه" أى اذا تحققت الاقامة العارضة للمدعى عليه فى موقع العقار[٢].

والواقع أن بناء الاختصاص الدولى لمحاكم الدولة على مجرد الوجود العارض لا يتفق مع أى من الاصول التى يقوم عليها الاختصاص القضائى الدولى والتى يستند اليها عقد

---

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون، ص ٦٧.
(٢) انظر عرض هذا الاتجاه فى تبصرة الحكام لابن فرحون، المرجع السابق، ص ٦٧ - ٦٨.

الاختصاص للمحاكم الوطنية إذا كان للمدعى عليه موطن أو محل اقامة بها فإذا كان بالإمكان تبرير اختصاص المحاكم فى حالة وجود محل اقامة للمدعى عليه بفكرة قوة النفاذ وكذلك بفكرة عدم إرهاق المدعى عليه وتكليفه مشقة الانتقال إلى دولة أخرى ، فإنه لا مجال للأخذ بهذه الاعتبارات فى حالة التواجد العارض للمدعى عليه بالإقليم.(١)

مشكلة تعدد المدعى عليهم :

قد يتعدد المدعى عليهم بينما لا يتحقق سوى لأحدهم فقط الإقامة أو التوطن فى اقليم الدولة.

ولاشك فى أن وحدة الخصومة وتلافى تضارب الاحكام تقتضى عقد الاختصاص لمحاكم الدولة بالنسبة لجميع المدعى عليهم طالما توافر ضابط الاختصاص بالنسبة لأحدهم .

ولذلك نص المشرع المصرى فى المادة ٣٠ فقرة ٩ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم بالدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة "إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل اقامة" أى أن المحاكم الوطنية تختص بالنسبة للمدعى عليه الاجنبى الذى لم يكن ليخضع أصلا لولايتها وذلك بالتبعية للمدعى عليه الذى له موطن أو محل إقامة فى دائرة الإقليم.(٢)

---

(١) انظر أستاذنا الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض . المرجع السابق ، ص ٤٢٠ ومابعدها.

(٢) مثال ذلك أن ترفع الدعوى على الشخص المتوطن فى مصر باعتباره كفيلا بينما المدين الأصلى مقيم بالخارج. ففى هذه الحالة يكون المدعى عليه المتوطن فى

ويستخلص من نص هذه المادة أن المشرع استلزم اربعة شروط هى:

١ - أن يكون للمدعى عليه المتوطن فى مصر أو الذى له فى مصر محل اقامة مختصما فى الدعوى بصفة أصلية. فاذا كان مختصما بصفة تبعية فإن المحاكم المصرية لا تختص بالنسبة لسائر المدعى عليهم .

٢ - أن تشكل الطلبات الموجهة الى كل منهم وحدة تبرر جمعها فى دعوى واحدة يمكن رفعها أمام المحاكم المصرية أو امام محكمة موطن أو محل اقامة احدهم كما لو تعلقت جميع الطلبات بفعل ضار واحد .

٣ - أن يكون اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لاحد المدعى عليهم مبنيا على وجود موطنه او محل اقامته فى مصر . بمعنى أنه اذا كان اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لاحد المدعى عليهم قائماً على أساس غير الموطن او محل الاقامة كما لو كان قائما على خضوعه الاختيارى للمحاكم المصرية فإن الاختصاص لا ينعقد للمحاكم المصرية بالنسبة لباقى المدعى عليهم.(١)

مصر مختصما بصفة تبعية أو احتياطية مما لا يسوغ رفع الدعوى على المدعى عليه الأصلى الموجود فى الخارج . أنظر الدكتور فؤاد رياض - المرجع السابق ص ٤٢١.

وهو نفس المبدأ الذى سار عليه المشرع المصرى فى مجال الاختصاص المحلى الداخلى إذ تقضى المادة ٤٩ الفقرة الثامنة من قانون المرافعات بإمكان رفع الدعوى على المدعى عليهم جميعا فى حالة تعددهم فى خصومة واحدة أمام المحكمة الكائن فى دائرتها موطن أحدهم.

(١) المرجع السابق ص ٤٢٢.

٤ - أن يكون التعدد حقيقياً لا صورياً ، بأن توجه اليهم طلبات فى الدعوى ، فلا يكون اختصامهم لمجرد أن يصدر الحكم فى مواجهتهم او لمجرد المثول فيها.[1]

مشكلة وضع الشخص الاعتبارى :

هل ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة بناء على ضابط الموطن بالنسبة للدعاوى التى يختصم فيها الشخص الاعتبارى؟.

لم يفرق المشرع المصرى فى نص المادة ٢٩ من قانون المرافعات بين كون المدعى عليه الاجنبى شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا . بل اكتفى بأن يكون للمدعى عليه موطن أو محل اقامة فى مصر . ومن المعلوم أن الشخص الاعتبارى له موطن كالشخص الطبيعى سواء بسواء فتقضى المادة ٥٣ فقرة ثانية من القانون المدنى "بأن الشخص الاعتبارى يكون له .... موطن مستقل" وعرفت نفس المادة موطن الشخص المعنوى بأنه "المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته". وعلى ذلك فإن المحاكم المصرية تختص بالدعاوى التى ترفع على الاشخاص الاعتبارية المعنوية إذا كان مركز ادارتها الرئيسى فى مصر إذ يعتبر هذا المركز موطنا حكميا للشخص المعنوى .

وإذا وجد مركز الإدارة الرئيسى للشخص المعنوى فى الخارج ولكن كان لهذا الشخص نشاطا فى مصر فإن المحاكم المصرية تختص كذلك بالدعاوى المرفوعة عليه تأسيسا على أن له موطنا فى مصر إعمالا لنص المادة ٥٣ من القانون المدنى الذى

---

(١) انظر أحكام محكمة النقض المصرية فى ١٩٩١/٤/٢٨ فى الطعنين رقما ٦٤١ ، ٦٦٨ لسنة ٦٠ ق.

ينص على أن "الشركات التى يكون مركزها الرئيسى بالخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلى المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية".(١)

الاستثناءات التى ترد على انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية بناء على ضابط الموطن:

يرد على استخدام ضابط الموطن استثناءان مهمان يتعلق احدهما بصفة تتصل بشخص المتوطن أو المقيم ويتعلق الآخر بصفة معينة تتصل بموضوع الدعوى.

أولا : الحصانات المقررة للممثلين السياسيين:

قد يفلت بعض الأشخاص من ولاية القضاء فى الدولة رغم الاقامة فيها بالنظر إلى صفاتهم التى تخولهم التمتع بالحصانات القضائية، وأولئك هم الممثلون الدبلوماسيون أو السياسيون المكلفون برعاية مصالح دولهم وتابعيها لدى الدول الأخرى.

فقد منح أولئك مجموعة من الحصانات فى زمننا المعاصر تتمثل فى:

١ - الحصانة الشخصية لشخص الممثل فلا يتعرض له ولا يعتدى عليه، حتى يستطيع أداء عمله السياسى من غير حرج، ولا

---

(١) ويثور السؤال فى ظل الانفتاح الاقتصادى المتبع فى مصر فى الأونة الحالية حول مدى اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للشركات التى يوجد مركز ادارتها بالخارج وليس لها فى مصر الا وكالة أو فرع . ونحن نتفق مع من يرى أنه يمكن فى ضوء نص المادة ٥٣ من القانون المدنى القول بأن هذه الشركات موطنها الحكمى فى مصر بخصوص النشاط الذى تمارسه وبالتالى فانها تخضع لولاية القضاء المصرى . أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٤٢٣.

يُتعرض لسكنه أو أمتعته الشخصية.

٢ - حصانة تتعلق بالمال، فيعفى من الضرائب والرسوم فى حدود معينة.

٣ - الحصانة القضائية ومن شأنها حماية المبعوث السياسى من الملاحقات الجنائية، ومن الملاحقات المدنية الخاصة بعمله الرسمى.

ولاشك أن الأمور الثلاثة ليست سواء من الناحية الشرعية، فالأمران الأولان لا يوجد فى أحكام الشريعة ما يعارضهما مادام الأساس هو المعاملة بالمثل. أما الأمر الثالث - وهو الحصانة القضائية- فإنه موضع نظر، ذلك أن النصوص الشرعية حاكمة على الأعراف وليست خاضعة لكل الأعراف[1].

فبالنسبة للمعاملات المالية إذا تعاقدت الدولة على ترك مداينات الممثلين السياسيين، فإن على الدولة أن تعوض رعاياها الذين فقدوا أموالهم فى معاملة مع أحد الممثلين السياسيين، حتى لا يضيع حق لرعاياها، لأنها إذا كانت قد منعتهم من مقاضاة هؤلاء مراعاة لعرف دولى فهى ضامنة للحقوق التى تضيع بسبب ذلك. أما بالنسبة للحصانة القضائية فهى غير جائزة فيما فيه حد من حدود الله[2].

---

(١) الامام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٧٢.

(٢) ذلك إن هناك عقوبات غير مقدرة فى الكتاب والسنة، إذ لم يرد بها نص شرعى، بل يتولى ولى الأمر تقدير العقاب فيه أو يترك تقديرها للقاضى المختص، وتسمى هذه العقوبات عقوبات تعزيرية وهذه يصح أن تدخل فى ضمن حصانة الممثلين السياسيين، لأن تقديرها من حق ولى الأمر، ولكن يجب أن يكون عقاب تطبقه دولة الممثل. أما العقوبات المقدرة بنص قرآنى وهى الحدود والقصاص فقد رأى أبى

ثانيا : الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج:

إذا كان المشرع المصرى قد أقر الأخذ بضابط الموطن كضابط للاختصاص القضائى للمحاكم باعتباره ضابطا عاما يعمل به بصرف النظر عن نوع الدعوى أو طبيعة العلاقة إلا أنه أورد استثناءً مؤداه أنه يخرج من نطاق اختصاص المحاكم المصرية الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج.

ومعنى ذلك أنه لا يمكن اختصام المدعى عليه مصرى الجنسية أو الأجنبى المتوطن أو المقيم فى مصر أمام المحاكم المصرية فى كل مرة يتعلق الأمر فيها بدعوى عقارية مرتبطة بعقار واقع فى الخارج إعمالا لنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات.

حنيفة فيها، أنه يصح الترخص فى الحدود التى ليس للعباد حق فيها أو حق الله فيها غالب، أما القصاص فلم يترخص فيه أبو حنيفة ولا غيره، ويرى الأمام أبو زهرة أن مصادر الشريعة ومواردها لا تسوغ الاتفاق على ترك المجرم الذى ارتكب ما يوجبها ليحاكم على أساس قانون آخر وبقاض آخر، لأن ذلك يؤدى إلى تعطيل أحكام الله تعالى فى أرض الإسلام.

وإذا تعاقد ولى الأمر على ذلك فعقده باطل، لأنه تضمن شرطا يخالف ما فى كتاب الله تعالى، وقد قال النبى ﷺ :"كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط" وقال أيضا: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا" وقال: "كل صلح جائز إلا صلحاً أحل حراما أو حرم حلالا".

وقد يقول قائل: كيف يمكن أن نقيم العلاقات الدولية بالنسبة للتمثيل السياسى وأن الحصانة أمر متفق عليه؟ ونجيب عن ذلك: أن العرف الدولى قام على أساس أنه لا تتصور مخالفة صارخة من هذا النوع الذى وردت بعقوبته النصوص القرآنية، وإن الدول إذا لاحظت فى بعض المبعوثين السياسيين تجانفاً لإثم من هذا النوع أو ما دونه، فإن الدولة التى بها المبعوث السياسى توصى بسحبه قبل أن يقع منه ذلك الأمر الخطير، وبذلك يتلافى العمل المتعارض مع أحكام الشرع الإسلامى.

المطلب الثالث

الجنسية كضابط للاختصاص القضائى الدولى

ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة وفق ضابط الجنسية باعتباره ضابط شخصى مأخذه عنصر الأشخاص فى المنازعة.

ويتسم ضابط الجنسية بثلاث خصائص تميزه وتبين طبيعته:

١ - أنه ضابط شخصى وغير اقليمى. بمعنى أنه مبنى على صفة الشخص ودون الاعتداد بالإقليم.

٢ - أنه ضابط قانونى. لأنه مبنى على فكرة قانونية هى انتماء الشخص للدولة، أى الجنسية.

٣ - وأنه ضابط عام. لأنه لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات دون غيرها[1].

ويؤيد جمهور الفقهاء اتخاذ الجنسية ضابطا للاختصاص القضائى الدولى استنادا إلى ثلاث حجج رئيسية هى:

١ - حجة سياسية:

ذلك أن من وظائف قضاء الدولة إقامة العدل بين رعاياها. ولذا يقول البعض أن الخلاف على الحق أمر يستلزم وجود القضاء ليعيد الحق إلى أهله، ومن ثم فبقاء الإنسانية- بلاشك مرهون بالعدل وتنقية المجتمعات من الظلم[2]. وتتبين أهمية ذلك من حديث

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٦٤٥ بند ١٧٠.

(٢) انظر ظافر القاسمى، نظام الحكم فى الشريعة والتاريخ الإسلامى، طبعة دار النفائس، الكويت، ص ١١،١، وانظر الدكتور عبد الله بن محمد الشامى، نظام

الرسول ﷺ فى قوله "لا قدست أمة لا يؤخذ للضعيف فيها حقه غير متعتع"(١) وعلى ذلك يجب أن تختص الدولة بالفصل فى المنازعات التى يكون مواطنيها أطراف فيها حتى ولو كان محل إقامتهم فى الخارج، لأن القول بعكس ذلك يعنى حرمان الوطنيين من التمتع بأحد الحقوق الأساسية المقررة لهم.

ومقتضى الاستناد لهذه الحجة أنها تؤدى إلى بسط اختصاص المحاكم الوطنية على المنازعات طالما كان أحد أطرافها وطنيا سواء كان مدعيا أو مدعيا عليه(٢).

٢ - حجة عملية أو واقعية:

ذلك أن الأخذ بضابط الجنسية يراعى فيه مصلحة المدعى عليه لأنه بالنظر إلى الوضع الغالب - وهو توطن الشخص فى بلده - يكون الاختصاص محققا لمصلحة المدعى عليه(٣). بأن يتقاضى أمام قضاء البلد الذى ينتمى إليه.

لاسيما وأن الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه إلى حين ثبوت العكس.

٣ - حجة تحقيق العدالة :

ذلك أن الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم الوطنية بناء

القضاء والمرافعات فى الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة ١٤٢٠هـ ، ص ٢٧.

(١) مذكور فى مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للشيخ على بن أبى بكر الهيثمى، ط/٢ دار الكتاب العربى، بيروت، ١٩٦٧م، الجزء الرابع، ص ١٩٧.

(٢) وهو ما نراه بوضوح من تطبيق المادة ١٤ من القانون المدنى الفرنسى.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٦٧٤، والدكتورة حفيظة الحداد، القانون الخاص الدولى، ط ١٩٩٢، ص ٦٢.

على ضابط الجنسية يوفر للمدعى (أجنبيا كان أو وطنيا) محكمة يختصم لديها المدعى عليه الوطنى غير المتوطن فى الدولة التى ينتمى إليها بدعوى قد لا يتوافر لها أى صلة أو ضابط ينعقد به الاختصاص لمحكمة من محاكم الدولة التى يقيم بها المدعى عليه. فنتلافى بذلك ضياع الحقوق.

ويغلب أن تأخذ التشريعات الوضعية بضابط الجنسية من ناحية المدعى عليه فقط دون المدعى تجنبا لشبهة تحيز الدولة لوطنييها، وتأكيدا على أن وظيفة الدولة هى أداء العدالة على إقليمها للمحافظة على السلام العام فيه وليس أداء العدالة لوطنيها.

من ذلك مثلا أن المشرع المصرى لم يعط أى اعتبار لما اذا كان رافع الدعوى مصريا أو اجنبيا، مقيما هو الآخر بمصر أو بالخارج(١).

وإذ أغفل المشرع المصرى النص على اختصاص المحاكم المصرية بالمنازعة تأسيسا على جنسية المدعى وحدها أى لكونه مصريا(٢)، فلا تختص المحاكم المصرية بدعوى يرفعها مصرى بشأن أموال موجودة فى الخارج أو التزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فى الخارج، وذلك لأن الدعوى فى هذه الحالة لا صلة لها بالدولة أو بإقليمها، اللهم ألا تلك الصلة بين المدعى والدولة، صلة

---

(١) وما ذلك الا نتيجة حتمية ترتبت على خلو نص المادة ٢٨ مرافعات من أى قيد وارد على شخص المدعى أو المدعى عليه.

(٢) سواء عند وضع القانون المدنى المختلط الذى ضم المادتين ١٣، ١٤ بشأن تحديد الاختصاص الدولى للمحاكم المختلطة، أو عند وضع مشروع تنقيح القانون المدنى (المادتين ٢١، ٢٢ من المشروع التمهيدى). أو عند وضع نصوص قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ أو حتى الحالى الصادر سنة ١٩٦٨. انظر فى تفصيلات ذلك الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص ٦٧١.

الجنسية وهى صلة غير كافية من وجهة نظر المشرع المصرى لأن تكون أساسا ينعقد عليه الاختصاص للمحاكم المصرية[١].

إلا أن هذا يختلف عما نراه فى كتب الفقه تفصيلا لقواعد الشريعة الإسلامية التى تعقد الاختصاص لقضاء الدولة الإسلامية بالنسبة للخصومات التى يكون الفرد فيها وطنيا - ولا سيما اذا كان مسلما - سواء كان مدعياً أو مدعى عليه.

فإذا كانت ولاية القضاء تشمل منازعات المسلم مع المسلم فى دار الاسلام باعتبار ذلك أمرا طبيعيا تحقيقا لوظيفة أداء العدالة التى هى أحد أهم مقاصد الشرع، سواء كان المسلم مدعياً أو مدعى عيه[٢]، فهل تقف ولاية القضاء عند نظر المنازعة بالنسبة لرعايا الدولة الإسلامية عند حد معاملاتهم داخلها أم يمكن أن تمتد إلى معاملاتهم التى تقع على إقليم دولة أخرى وإلى معاملاتهم مع الأجانب.

والحقيقة أنه حتى نهاية العهد العثمانى كانت المحاكم العثمانية مختصة بالحكم فى المسائل المدنية كلما كان أحد العثمانيين مدعيا أو مدعى عليه[٣].

---

(١) المرجع السابق، ص ٦٧٢.

(٢) انظر الحاوى الكبير للأمام ابى الحسن على بن محمد حبيب الماوردى تحقيق الدكتور محمود مسطرجي، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر - دمشق - الجزء الثامن عشر - ص ٤٤٧.

وانظر بهى الدين بك بركات، الامتيازات والحصانات التى يتمتع بها الأجانب فى مصر، باللغة الفرنسية، باريس سنة ١٩١٢، ص٩ مشار إليه فى كتاب القانون الدولى الخاص فى أوربا وفى مصر للدكتور عبد الحميد أبو هيف، ط ١٩٢٤، ص ١٥٨- ١٥٩.

(٣) المرجع السابق، ص ١٧٨ بند ١٧٨.

أما فى كتب المذاهب الفقهية فيثار هذا الموضوع فى أكثر من موضع على النحو الذى نعرضه فيمايأتى:

أولا : حالة ارتكاب الوطنى فعل غير مشروع فى دولة أجنبية:

يثار موضوع الولاية الشخصية للقضاء على رعايا الدولة كلما أثير التساؤل عما إذا كان يمكن تطبيق الشريعة الإسلامية على كل من يرتكب من أهل الدولة الإسلامية أفعال غير مشروعة، أثناء التواجد فى دولة من الدول الأجنبية.

أسلفنا من قبل أن هناك ترابط كبير بين الاختصاص القضائى وتطبيق الشريعة الإسلامية، حيث أن قضاء دار الإسلام لا يطبق سوى هذه الشريعة.

وعلى ذلك فإذا ما كان الالتزام بقواعد الشرع أمر ضرورى فى العلاقات التى تقع من مواطنى الدولة اثناء تواجدهم خارجها عملا بنظرية السيادة الشخصية للدولة على الأفراد، فلاشك أن الذى سيلزم هؤلاء بأحكامها حين المخالفة سيكون هو قضاء الدولة الإسلامية ذاته، مما يستلزم انعقاد الاختصاص له بناء على صلة مستمدة من "الجنسية" أو "رابطة الرعوية" الناشئة عن الإيمان "الإسلام" أو الأمان "الذمة"[١].

---

(١) وفى هذا المعنى يقول الامام محمد أبو زهرة بشأن المسلم بصفة خاصة:

"المسلم رعية إسلامية اين كان موطنه، فالسيادة الإسلامية على المسلم فى كل مكان، وذلك لأن ولاية المسلم لا تكون لغير المسلم، وإذا كان المسلم منتميا للدولة غير الإسلامية، فذلك لا ينفى سيادة الدولة الإسلامية عليه ايا كان موطنه، وقد بدت سيادة الدولة الإسلامية على المسلم مهما تكن رعويته فى ثلاثة أمور.

أولا: أنه يجب على المؤمن أن يهاجر إلى الدولة الإسلامية إذا وجد ضيماً فى

ثانيا: معاملات المواطنين أثناء وجودهم فى دولة أجنبية:

قد يسافر أكثر من واحد من مواطنى الدولة الإسلامية إلى دولة أجنبية ثم تنشأ بينهم معاملات مالية أو تجارية أو غيرها فتنشأ مراكز قانونية جديدة لم تكن بينهم من قبل ثم يثور نزاع حول حق أو التزام بين أطراف هذه العلاقة فهل تمتد ولاية قضاء الدولة الإسلامية للنظر فى هذه الطائفة من الخصومات.

١- الأصل لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أن قضاء الدولة الإسلامية يختص بنظر المنازعات التى تنشأ عن العلاقات التى تتم بين المنتمين للدولة برابطة الجنسية أثناء إقامتهم فى بلد أجنبى (بلد غير مسلم).

فيقول الكاسانى: أن من المتفق عليه أنه لا يجوز للمسلم والذمى أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الربا فى دار الحرب، كما

أرضه.

ثانيا: أن المسلم يرث المسلم أيا كان موطنه.

ثالثا: أن المسلم إذا ارتكب جريمة فى غير دار الإسلام، وجاء إلى الدولة الإسلامية عوقب فيها بعقاب الإسلام. فإن ارتكب جريمة توجب حداً من حدود الله تعالى كالزنى، فانه يوجب حدا هو الجلد. ثم اذا لم يقم عليه الحد حتى جاء إلى الديار الإسلامية فان الحد يقام عليه، إذا ثبتت الجريمة بطرق الاثبات الشرعية فى مثلها، وخالف فى ذلك أبو حنيفة، وليس سبب الخلاف أنه لا يقر امتداد سلطان الدولة الإسلامية على المسلمين فى غير أرضها، بل لأنه يشترط فى إقامة الحدود أن يكون المسلم وقت ارتكابه ما يوجب الحد خاضعا بالفعل لسلطان الدولة الإسلامية. بحيث يمكن اقامة الحد وقت الارتكاب، ولا يكتفى فى هذا بالسيادة الحكمية أو الولاية الحكمية.
الأمام محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية فى الإسلام، دار الفكر العربى، دون تاريخ، ص ٦٠، وانظر الدكتور محمد ضياء الدين الريس، المرجع السابق، ص ٣٨٢ حيث يقول أن "كل من اعتنق فكرة الاسلام من أى جنس أو لون أو وطن - فهو عضو فى دولة الإسلام".

لا يجوز لهما فى دار الاسلام، فإن تعاقدا فلا عقاب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعه، ولكن على آخذ الربا الضمان، أى رد ما أخذه، ولو كان الآخر - ما يزال مقيما فى الدولة الأجنبية - لأن الرد ليس عقوبة وتكفى فيه الولاية على المتقاضين وقت التقاضى[(١)].

وواضح من ذلك أن ولاية القضاء تمتد لتأمر الطرف المخالف للشرع برد ما أخذه بغير حق رغم عدم التواجد بالبلاد وأن العمل المخالف نشأ ونفذ فى الخارج وسند اختصاصه واضح من امتداد الولاية بناء على تبعية الأشخاص أنفسهم للدولة علاوة على التزامهم أحكام الإسلام أينما كانوا.

٢- ويؤيد الأصل المشار إليه ما ورد بكتب المذاهب الفقهية من انعقاد الولاية للقضاء بالنظر فى الغصب أو الدين الذى يقع من المسلم على الذمى أو العكس أثناء إقامتهم فى دولة أجنبية.

"فإذا غصب المسلم أو الذمى مسلما أو ذمياً فى دار الحرب أو أدانه - أى اشترى منه أو باع له بثمن مؤجل - فلا عقوبة على الغصب، ولكن يقضى بالدين وبضمان المغصوب، والعلة فى امتناع العقاب هى انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها والعلة فى القضاء بالدين والضمان هى قيام الولاية على المتقاضين وقت التقاضى[(٢)].

---

(١) انظر فى بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره، الجزء السابع، ص ١٣٢، ١٣٣.

(٢) يقيم اصحاب المذهب رأيهم على أن الجرائم التى يرتكبها مسلم أو ذمى خارج دار الإسلام لا تطبق عليه الشريعة الاسلامية سواء وقع ذلك من شخص سافر من دار الاسلام ثم عاد إليها أم وقعت من مسلم أو حربى صار ذميا ممن أقاموا بدار

وعلى ذلك فإن كانت المحاكم لا تختص بنظر طلب اقامة الحد أو العقوبة على المسلم أو الذمى على ما ارتكب من جرائم بالخارج إلا أنها واستنادا إلى انتماء المتقاضين لدار الإسلام بجنسيتهم، تنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى (تعويض أو دية) عن الجريمة التى وقعت، ذلك ولو كان فى التعويض عقوبة، من بعض الوجوه كالدية لأنها تقضى بها باعتبارها ضمانا لا باعتبارها عقوبة(١).

وقد كان لهذه الوجهة من النظر آثارها الخطيرة أبان الحكم العثمانى حيث اتخذت سندا لمنح الامتيازات للأجانب استناداً إلى جنسياتهم للاقامة فى البلاد والتقاضى فى مسائلهم المدنية والجنائية أمام محاكم خاصة فى كل قنصلية(٢).

ثالثا: علاقات المواطنين مع الأجانب أثناء اقامتهم فى دولة أجنبية:

قد يسافر واحد من مواطنى الدولة الإسلامية إلى دولة

الاسلام بعد أن كان مقيما فى دار الحرب. العلة فى ذلك أن المسألة عند ابى حنيفة ليست مسألة التزام المسلم أو الذمى أحكام الاسلام، اينما كان مقامه، وإنما واجب الامام فى اقامة الحد، ولا يجب على الامام أن يقيم الحد أو العقوبة إلا وهو قادر على الإقامة، لأن الوجوب مشروط بالقدرة. انظر شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، الجزء الرابع، ص ١٥٣. ومعنى ذلك أن القضاء بالعقوبة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها (أخذا بمبدأ الإقليمية فى الاختصاص القضائى والتشريعى).

(١) وسندهم فى ذلك قوله تعالى "ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله" ولأن العصمة الثابتة بالإحراز بالدار لا تبطل بالدخول العارض بالأمان وإنما تجب فى ماله .... والقصاص قد سقط بالشبهة فلابد من الدية صيانة للدم المعصوم. وإن كان أبو يوسف يرى أن القصاص لا يسقط استنادا إلى أن المسلم من أهل دار الإسلام حيث كان.

(٢) انظر الدكتور عبد المنعم رياض، القانون الدولى الخاص، ط ١٩٤٣، ص ٢١٢ ومابعدها.

أجنبية ثم يدخل مع أجنبى فى علاقة مالية أو تجارية وينشأ عنها نزاع فهل تمتد ولاية القضاء إلى نظر هذا النزاع استنادا إلى جنسية المدعى أو المدعى عليه المنتمى لدار الإسلام. اختلف الفقهاء فى هذه المسألة:

١ - فالقاعدة هى عدم اختصاص محاكم الدولة الإسلامية بنظر الخصومات التى تحدث بين الوطنى والأجنبى بشأن علاقاتهم التى وقعت خارج دار الاسلام ولو كان الوطنى هو المدعى عليه. ويقول الكاسانى "واذا دخل المسلم أو الذمى إلى دار الحرب مستأمنا فأدان حربيا أو ادانه حربى- باع له بالدين - ثم خرج المسلم أو الذمى إلى دار الاسلام، وخرج الحربى إليها مستأمنا، فإن القاضى لا يقضى لأحد منهما على صاحبه بالدين، وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئا لا يقضى بالغصب، لأن المداينة فى دار الحرب وقعت هدار لانعدام ولاية المسلمين عليهم، وانعدام ولايتهم فى حق المسلمين أيضا"[١].

ويبرر الزيلعى عدم الاختصاص القضائى رغم الجنسية الوطنية للمدعى عليه بنظر مثل هذه المنازعات بأن "القضاء يستدعى الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الادانة أصلا إذ لا قدرة للقاضى فيه على من هو فى دار الحرب ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى - رابطا بين الاختصاص التشريعى والقضائى - من افعاله وإنما التزمه فيما يستقبل فى حق أحكام يباشرها فى دار الإسلام، والغصب فى دار

---

(١) بدائع الصنائع، الجزء السابع، ص ١٣٢، ١٣٣، وانظر تبيين الحقائق للزيلعى ، الجزء الثالث، ص ٢٦٦.

الحرب (الدول الأجنبية) سبب يفيد الملك لأنه استيلاء على مال مباح غير معصوم فصار كالادانة - البيع أو الشراء بالدين - فإذا ملكه فليس للحاكم (القاضى) أن يتعرض له بالحكم[١].

٢ - وعلى العكس من ذلك يرى أبو يوسف أن الاختصاص ينعقد للقضاء فى الدولة الإسلامية بالنسبة للنزاع حول الدين الذى يترتب فى حق المسلم وإن لم يكن ينعقد بالنسبة للغصب مستندا فى ذلك إلى أنه من واجب المسلم التزام أحكام الاسلام حيث كان. وقياسا على ما اذا كان الدائن المستأمن قد خرج إلى الدولة الإسلامية بعد أن أسلم فى دار الحرب إذ ينعقد الاختصاص بالنسبة للمنازعة بينه وبين مدينه المسلم الذى عاد إلى الدولة الاسلامية اذ لا يجوز التفرقة بين المتقاضين بسبب الدين لاسيما وأن كلاهما كان من أهل الحرب أو دار العهد ثم دخل دار الاسلام بأمان[٢].

رابعا : علاقات الأجانب المقيمين فى دار الإسلام التى تتم خارج الدولة الاسلامية:

يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين ما إذا كان الأجنبى المقيم قد خرج إلى دار الاسلام وهو لا يزال على دينه وانتماؤه إلى دولة أجنبية أم خرج إليها مسلما.

فقد ذهب الكاسانى فى هذه المسألة إلى عدم اختصاص قضاء الدولة الإسلامية بنظر المنازعات التى تنشأ بين الأجانب أثناء إقامتهم فى دار الاسلام بشأن علاقة نشأت بينهم اثناء وجودهم فى دار الحرب، إلا إذا خرجا إلى دار الاسلام مسلمين حيث

(١) انظر الزيلعى، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٦، ٢٦٧.
(٢) المرجع السابق، ص ٢٦٧.

يختص القضاء بالدعوى استنادا إلى جنسية أو رعوية المدعى عليه.

فيقول صاحب المذهب فى هذا الشأن:

والحكم لو كانا أجنبيين (حربيين) أدان أحدهما الآخر فى دار الحرب ثم خرجا إلى دار الاسلام مستأمنين فلا يقضى بينهما فى الدين لأن لا ولاية للدولة الاسلامية عليهم وقت الدين ولا وقت التقاضى، أما إذا خرجا إلى دار الاسلام مسلمين، فإن القاضى يقضى بينهما لثبوت الولاية عليهما وقت التقاضى[١] لالتزامهما الأحكام بالاسلام[٢]. ولوقوع المداينة صحيحة بتراضيهما.

وهو ما أيده السرخسى عند الحديث عن الرهن فيقول "وإذا ارتهن الحربى من الحربى رهنا فقبضه ثم خرجا بأمان - أى دخلا إلى اقليم الدولة الاسلامية - فاختصما فيه، لم يقض بينهما".

ويبرر عدم اختصاص القضاء بنظر هذه المنازعة الدولية بأنهما "لم يستأمنا ليجرى عليهما الحكم بل ليتجرا ويعودا إلى دارهما" وأن "المعاملة كانت منهما حيفا حين لم يكونا تحت ولاية الامام" وعلى ذلك فلا يختص القضاء بنظر المنازعة بين أجنبيين بشأن معاملاتهما إلا إذا "التزاما حكم الاسلام" أو "جاءا مسلمين أو ذميين ثم اختصما" فبالتزام أحكام الإسلام أو الدخول فى الذمة يعد ابتداء الرهن والارتهان صحيح بينهما[٣].

---

(١) انظر بدائع الصنائع ، الجزء السابع، ص ١٣٢، ١٣٣.
(٢) انظر الزيلعى، الجزء الثالث، ص ٢٦٧.
(٣) انظر باب الرهن فى المبسوط للسرخسى، مرجع سبق ذكره، الجزء/٢١ أول ص ١٥٣.

ومن أمثلة التشريعات التى أخذت بمعيار جنسية المدعى، قانون المرافعات المصرى الحالى فى المادة ٢٨ التى تقضى بأن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية".

فقد اتخذ المشرع المصرى من الجنسية ضابطا عاما مجردا ليعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بناء على جنسية المدعى عليه وحدها، دون أن يتقيد بنوع الدعوى ولا قيمتها(١) وبصرف النظر عن موطنه أو محل اقامته معتمدا فى ذلك على أن ولاية القضاء وإن كانت اقليمية فى الأصل، بالنسبة للوطنيين والأجانب، الا أنها شخصية بالنسبة للأوليين، فتشملهم ولو كانوا متوطنين أو مقيمين خارج إقليم دولتهم(٢).

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى تأييد بناء الاختصاص على ضابط جنسية المدعى عليه باعتبار أنه يحقق مصلحة المدعى عليه المصرى تأسيسا على أن الوضع الغالب هو توطن المصريين فى بلدهم ، وأنه يوفر للمدعى محكمة يقاضى لديها المدعى عليه المصرى الغير متوطن فى مصر بدعوى قد لا يتوافر الاختصاص بها لاية محكمة أجنبية(٣).

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، أصول المرافعات المدنية الدولية، مكتبة العالمية بالمنصورة، ط ١٩٨٤، ص ٨٧ - ٨٨.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمواد ٢٨، ٢٩ من مشروع قانون المرافعات الحالى الصادر سنة ١٩٦٨.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى الطبعة السابعة ص ٦٧٤ ، وأنظر كذلك الدكتور كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص الطبعة الثانية فقرة ٤٧٢ حيث يقرر أن "جواز اختصام الشخص امام محاكم دولته من المبادئ المسلمة دون حاجة الى نص".

فضلا عن أن تقرير هذا الاختصاص يتفق مع "قاعدة عامة من قواعد الاختصاص فى قانون المرافعات وهى أن المدعى يتبع المدعى عليه".[١]

ونحن نتفق مع رأى آخر فى الفقه يذهب إلى أن بناء الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية على جنسية المدعى عليه المصرية لا يستجيب للاساس الحقيقى الذى يقوم عليه توزيع الاختصاص القضائى بين الدول كما أنه ليس من شأنه تحقيق مصلحة المدعى أو حماية المدعى عليه وتيسير الامور بالنسبة له . ذلك أن المشرع قد أخذ بهذا الضابط بشكل مطلق دون أن يدعمه بأية رابطة مادية بين المدعى عليه المصرى واقليم الدولة . فنص المادة ٢٨ من قانون المرافعات لا تتطلب لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية سوى كون المدعى عليه مصريا دون أن تشترط اقامته فى الاقليم المصرى بل ودون ان تشترط وجود أى أموال له أو مصالح حقيقية تربطه بمصر . ومن ثم فان اختصاص المحاكم المصـ.ـية فى هذه الحالة يفتقر إلى عنصر أساسى هو عنصر الرابطة الفعلية بين النزاع وبين الدولة وهى الرابطة التى من شأنها كفالة آثار الحكم الذى تصدره الدولة فى النزاع [٢].

وأنه لا ينبغى الاستناد فى هذا الصدد الى قاعدة المدعى يتبع

---

(١) أنظر دكتور احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص ٧٠.

(٢) يستفاد من أطلاق النص أن الاختصاص يثبت للمحاكم المصرية بمجرد تمتع المدعى عليه بالجنسية المصرية أيا كان مكان إقامته وسواء كانت المنازعة حول مال فى مصر أو فى الخارج أو كان السبب المنشئ للعلاقة بمحل النزاع قد تم فى مصر أو فى الخارج بل أنه لا عبرة كذلك بكون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون المصرى أم قانون دولة أجنبية . أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٤٢٦.

المدعى عليه المعروفة فى قواعد الاختصاص الداخلى . ذلك أن تطبيق هذه القاعدة فى القانون الداخلى يعنى الأخذ بموطن المدعى عليه كضابط للاختصاص. وقد رأينا أن موطن المدعى عليه يعتبر من القواعد الأساسية فى مجال الاختصاص القضائى الدولى أيضا. والحكمة من هذه القاعدة سواء فى مجال الاختصاص الداخلى أو فى مجال الاختصاص الدولى هى التيسير على المدعى عليه وعدم تكليفه مشقة الانتقال الى محكمة أخرى غير محكمة المكان الذى يوجد به. وهذه الحكمة منتفية بالنسبة لقاعدة اختصاص المحكمة المبنى على جنسية المدعى عليه. بل ان فى الاخذ بهذه القاعدة ارهاق لا مبرر له بالنسبة للمدعى عليه المصرى وذلك إذا كان مقيما فى الخارج ، إذ سيضطر إلى الانتقال إلى محكمة قد تبعد كثيرا عن موطنه . والقول بأن غالبية المصريين متوطنين فى مصر لا يبرر الأخذ بهذه القاعدة بل يجعلها فى الواقع عديمة الجدوى نظرا لأن اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المرفوعة على المصريين المتوطنين فى مصر أو المقيمين بها مكفول دائما على أساس ضابط الموطن أو الاقامة الذى سبق بيانه(١). أما المصريون المقيمون بالخارج فإن النص يلقى عليهم عبء لا داعى له للانتقال الى مصر للمثول أمام القضاء المصرى فى كل دعوى يختصمون فيها. ويبدو أن المشرع المصرى قد استهدف من وراء الأخذ بهذه القاعدة توفير العدالة للمصريين أينما كانوا وهى فكرة ترتكز على اعتبار مرفق القضاء مرفقا خاصا بالوطنيين كما أنها تقوم على عدم الثقة فى قضاء الدول الاجنبية

---

(١) أنظر فى ذلك الدكتور هشام صادق ، تنازع الاختصاص القضائى الدولى ص٧٥. وتأييده من الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٤٢٧.

وعدم الاطمئنان الى عدالتها ، وهما فكرتان ثبت عدم ملائمتهما للعلاقات ذات الطابع الدولى فى المجتمع الدولى الحديث. وفضلا عن ذلك فان القول بأن محاكم الدولة هى الاقدر على توفير العدالة لرعايا الدولة كان يجب أن يؤدى الى تقرير الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية كلما كان المدعى نفسه مصرى الجنسية وليس عندما يكون المدعى عليه هو المصرى الجنسية فحسب ومن ثم يتأكد خطأ الاخذ بمبدأ الجنسية كأساس للاختصاص القضائى الدولى . والواقع أن المشرع المصرى لم يأخذ بجنسية المدعى كأساس لاختصاص المحاكم المصرية مما يؤكد عدوله ولو بشكل غير كامل عن فكرة اعتبار القضاء الوطنى مرفقا خاصا بالوطنيين وهى الفكرة التى أخذ بها غيره من المشرعين كالمشرع الفرنسى(١).

ضابط الجنسية بالنسبة للأشخاص المعنوية:

ثار التساؤل حول ما اذا كان ضابط الجنسية الذى قررته المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصرى يسرى فى مواجهة الاشخاص المعنويين أم أنه قاصر على الاشخاص الطبيعيين .

يرى فريق من الفقهاء أن ضابط الجنسية قاصر على الاشخاص الطبيعيين دون الاشخاص المعنوية وحجتهم فى ذلك أن "أساس القاعدة المذكورة هو سيادة الدولة الشخصية التى تباشرها على رعاياها والتى لا تحدها حدود اقليمية ،

---

(١) أنظر المادة ١٤ والمادة ١٥ من القانون المدنى الفرنسى . أنظر كذلك فى مناقشة ضابط الجنسية كأساس لاختصاص المحاكم الوطنية بحث الدكتور ماهر السداوى : جنسية الخصوم الوطنية كضابط للاختصاص القضائى الدولى (جامعة المنصورة سنة ١٩٧٨). والدكتور فؤاد رياض ، ص ٤٢٨.

والشخص الاعتبارى ليس عضوا فى شعب الدولة حتى يوصف بأنه من الوطنيين بالنسبة للدولة ولانه لا يتمتع بأى جنسية بالمعنى الفنى لهذا الاصطلاح ".[١]

ونحن من جانبنا لا نؤيد هذا الرأى ونرجح انه لا داعى لقصر إعمال ضابط الجنسية على الاشخاص الطبيعيين دون الاشخاص المعنوية بحجة أن الشخص المعنوى لا يمكن أن يوصف بأنه من الوطنيين . فالجنسية نظام قانونى تترتب عليه نتائج لازمة بالنسبة للشخص الطبيعى والشخص المعنوى على حد سواء[٢]. وعلى ذلك فإن نص المادة ٢٨ السابق الذكر باختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى "التى ترفع على المصرى" ينصرف إلى المصرى بصفة عامة سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا باعتبار أن كليهما مخاطبين بأحكام القانون .

ويتفق ذلك مع ما ذهب اليه الفقهاء فى فرنسا بصدد تطبيق نص المادة/١٥ من القانون المدنى الفرنسى والمماثلة لنص المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصرى .

غير أن الاختصاص القضائى لا ينعقد للمحاكم المصرية بناء على ضابط الجنسية اختصاصا مطلقا فقد استثنى المشرع من اختصاص المحاكم المصرية المبنى على جنسية المدعى عليه المصرية "الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج".

---

(١) المرجع السابق . وانظر كذلك الدكتور محمد كمال فهمى ، القانون الدولى الخاص، ط ١٩٧٨.

(٢) ومن المعلوم أن معاملة الدولة للشخص المعنوى والحقوق التى تقرها له كالحق فى التملك والحق فى ممارسة النشاط المهنى والاقتصادى تختلف وفقا لكونه من الوطنيين أم من الاجانب.

وعلى ذلك فان المحاكم المصرية تختص بكافة الدعاوى التى ترفع على المصرى حتى ولو كانت كافة عناصر النزاع الاخرى غير مرتبطة بمصر كما لو كان المال محل النزاع بالخارج أو كانت الواقعة مصدر الالتزام أو محل تنفيذ الالتزام بالخارج وذلك باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن خارج الاقليم المصرى سواء كانت هذه الدعاوى عينية أم شخصية أم مختلطة(١).

ويتعين الاعتداد بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى عند تحديد اختصاص المحاكم المصرية. فان كان مصريا وقت رفع الدعوى انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية . وتظل هذه المحاكم مختصة حتى ولو تم تغيير هذه الجنسية بعد رفع الدعوى باعتبار أن للمدعى حقا مكتسبا فى استمرار نظر الدعوى .

وإذا كان المدعى عليه مصريا قبل رفع الدعوى ثم فقد هذه الجنسية عند رفعها فإن الضابط الذى يقوم عليه اختصاص المحاكم المصرية لا يعد متوافرا وبالتالى لا تكون هذه المحاكم مختصة بنظر النزاع وذلك حتى ولو كان المدعى عليه وطنيا وقت نشوء العلاقة محل النزاع .(٢)

---

(١) على ذلك فان المحاكم المصرية تكون مختصة بالدعاوى العينية المنقولة اذا كان المدعى عليه مصريا أو له موطن أو محل اقامة بمصر وذلك رغم وجود المنقول محل النزاع خارج الاقليم المصرى . كذلك تختص هذه المحاكم بالدعاوى الشخصية المنقولة حتى ولو تعلقت بعقار كائن بالخارج كالدعوى المرفوعة من المقاول ضد مالك العقار بطلب نفقات اصلاحه . أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٤٢٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٣٠.

العلاقة بين عقد الاختصاص القضائى الدولى بناء على جنسية المدعى عليه والنظام العام:

هل الاختصاص الذى تقرره المادة ٢٨ مرافعات هو اختصاص إلزامى، بحيث لا يجوز اختصام من يتمتع بالجنسية المصرية إلا أمام القضاء المصرى، وأى حكم يصدر من محكمة أجنبية على خلاف تلك القاعدة ، يعتبر صادرا من محكمة غير مختصة ولا يمكن شموله بأمر التنفيذ فى مصر اذا كان واجب التنفيذ فيهــــا؟[1].

يوحى نص المادة ٢٨ مرافعات بأن الاختصاص المعقود للمحاكم المصرية هو من قبيل الاختصاص الإلزامى . فهو يقضى بأن "تختص" محاكم الجمهورية ، وهذا يعنى اتجاه نية المشرع إلى جعل الاختصاص هنا اختصاصا الزاميا وقاصرا على القضاء المصرى. فهو لم يقل مثلا "يجوز رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية" فى حالة كون المدعى عليه مصرى الجنسية .

كما أن تبرير نص المادة ٢٨ السابق ذكره بفكرة سيادة الدولة الشخصية على رعاياها يمكن أن يسند هذا القول . فسيادة الدولة ومد سلطان سلطتها القضائية الى رعاياها لا يمكن أن يحدها قيد من إرادة أطراف الدعوى بعقد الاختصاص لمحاكم دولة أجنبية . وهذا يعنى جعل قواعد الاختصاص القضائى من النظام العام التى لا يجوز الخروج عليها .

---

(١) أنظر الدكتور احمد عبد الكريم . مختصر قانون العلاقات .. . مرجع سابق ذكره . ص ٧٥ ومابعدها.

والواقع أننا نذهب مع جانب من الفقه[١] الى عكس ذلك . فالرجوع الى حكمة النص لا يمكن أن يقود إلا إلى تقرير الطبيعة الاختيارية للاختصاص المقرر في المادة ٢٨ . وقد ذهب الفقه المصرى الراجح الى تأييد ذلك بقوله "إذا كان أداء العدالة بوصفه مصلحة عامة هو الذى يجعل محاكم الدولة مختصة بالمنازعات التى تراها تدخل فى اختصاصها توخيا لتحقيق هذه المصلحة ، كان من الممكن فهم أن هذا التحقيق يتوافر بأداء العدالة فى إقليم الدولة ، وهو ما يتحقق عندما يكون ضابط الاختصاص إقليميا ، سواء أكان شخصيا وهو ضابط الموطن أم كان موضوعيا كموقع المال ومحل ابرام العقد ومحل تنفيذه . أما اذا كان ضابط الاختصاص شخصيا غير إقليمى ، وهو ضابط الجنسية المصرية وحدها لدى المدعى عليه ، بأن كان المدعى عليه متمتعا بهذه الجنسية غير متوطن أو غير مقيم فى مصر وليس له مال فيها كان من الصعب فى هذه الصورة القول بأن تحقق المصلحة العامة بأداء العدالة فى إقليم الدولة يستلزم رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية، وكان من السهل قبول الخروج من اختصاص هذه المحاكم خاصة وان ضابط الجنسية وحده ضابط ضعيف فى ميدان الاختصاص القضائى".[٢]

وإذا كان تقرير الاختصاص للمحاكم المصرية فيه امتياز للمدعى عليه، فلاشك أن هذا الامتياز يجوز التنازل عنه بإرادة من قرر لصالحه. ويجوز حينئذ ان يقبل اختصاص محكمة أجنبية .

---

(١) الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٧٦.
(٢) المرجع السابق ص ٧٧.

وبناء عليه يكون الحكم الصادر من هذه الاخيرة قابلا للتنفيذ فى مصر ، هذا ما لم يكن الحكم قد صدر فى دعوى تدخل فى الاختصاص القاصر أو الالزامى للمحاكم المصرية .

وقد أيدت أحدث أحكام القضاء الفرنسى الصادرة حتى سنة ١٩٩٥ الطبيعة الاختيارية للقاعدة المقررة فى المادة ١٥ من القانون المدنى الفرنسى والمماثلة لحكم المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصرى.

وعند وضع المادة ٢٨ مرافعات ، لم يغض المشرع المصرى النظر عن دواعى الملاءمة وسرعة الفصل فى الدعوى بحكم ميسور النفاذ ، فلم يجعل الاختصاص عاما يشمل جميع أنواع الدعاوى التى يكون الخصم المدعى عليه فيها مصرى الجنسية . فاستثنى منها "الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج".

وقد راعى المشرع بهذا الاستثناء اعتبارين : الأول ويكمن فى أن محكمة موقع العقار هى أقدر من غيرها على الفصل فى كافة الدعاوى المتعلقة بهذا العقار ، فهى أقرب من غيرها، وقد يستلزم تحقيق الدعوى انتقال المحكمة أو الخبراء الى محل العقار لاجراء المعاينات اللازمة .

أما الاعتبار الثانى ، فهو يتعلق باحترام السيادة الاقليمية لكل دولة ومراعاة أن ضوابط الاختصاص التى تقوم على فكرة الاقليمية اقوى أثرا فى مواجهة الضوابط الشخصية كضابط الجنسية - ومبدأ احترام الاختصاص الاقليمى والاعتراف باختصاص محكمة موقع العقار من شأنه إتاحة الفرصة لتنفيذ

الحكم الصادر فى خصوص هذا العقار.[١]

المطلب الثالث

موقع المال كضابط للاختصاص القضائى الدولى

يعتبر اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المتعلقة بمال موجود بإقليمها من أكثر القواعد رسوخا فى مختلف الدول . ذلك أن وجود المال بإقليم دولة يكشف عن ارتباط النزاع باقليم الدولة ويعبر عن سيطرتها الفعلية على موضوع النزاع . وفى ذلك ما يمكنها من كفالة آثار الحكم الصادر من محاكمها كما يجعل هذه المحاكم أقدر من غيرها على الفصل فى النزاع المتصل بالمال وعلى اتخاذ ما يلزم من اجراءات مادية كأعمال الخبرة والمعاينات التى يتطلبها الفصل فى النزاع وكذلك الاجراءات اللازمة للمحافظة على المال حتى الفصل فى الدعوى[٢] .

وقد جرى العمل فى مجال الاختصاص القضائى الدولى على سريان القاعدة المذكورة سواء تعلق النزاع بعقار أو بمنقول ، وذلك بخلاف الحال فى مجال الاختصاص الداخلى ، حيث يقتصر إعمالها على المنازعات المتعلقة بالعقار ، أما المنازعات المتعلقة بالمنقول فتختص بها محكمة موطن المدعى عليه .

وتنص المادة ٢/٣٠ من قانون المرافعات الحالى صراحة على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى "المتعلقة بمال موجود بالجمهورية" . ويلاحظ هنا أن النص جاء مطلقا فلم يفرق بين كون

---

(١) المرجع السابق ص ٧٨.

(٢) استاذنا الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ص ٤٣٠ ومابعدها.

المال عقارا أو منقولا ، كما أنه لم يفرق بين المعاملات المالية وبين مسائل الأحوال الشخصية . وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بالدعوى حتى ولو كان النزاع بصدد مسألة من مسائل الأحوال الشخصية كالوصية مادامت تتعلق بمال كائن بمصر، وذلك فضلا عن اختصاصها بكافة الدعاوى فى مجال المعاملات المالية التى يكون موضوعها التزاما متعلقا بعقار أو منقول كائن بمصر . وتختص المحاكم المصرية بنظر النزاع المتعلق بعقار أو بمنقول كائن بمصر أيا كان نوع الدعوى ، أى سواء كانت هذه الدعاوى من الدعاوى العينية العقارية التى تهدف إلى حماية حق عينى يتصل بالعقار مثل حق الملكية، أم كانت من الدعاوى الشخصية العقارية التى ترفع بناء على التزام شخصى بنقل حق عينى على عقار بغرض تقرير هذا الحق فى مواجهة الملزم بنقله، مثل دعاوى المطالبة بصحة التعاقد واعتبار الحكم ناقلا للملكية من وقت تسجيل صحيفة الدعوى[١] أم كانت من الدعاوى المختلطة مثل التى يرفعها المشترى بعقد مسجل يطلب فيها تسليم العقار المبيع إليه ودعوى البائع على المشترى بفسخ عقد البيع ورد العقار إليه. وهو ما يرجعه الفقهاء إلى اعتبارات عملية أهمها:

أن لمحكمة موقع العقار سيطرة فعلية على العقار، مما يسمح لها بالقدرة على نظر الدعاوى العقارية بطريقة فعالة وعلى كفالة الحكم الصادر منها. علاوة على أن هناك صلة قوية بين الدعوى المتعلقة بالعقار وإقليم الدولة الكائن فيها، وأن مثل هذه الدعاوى تحتاج لاتخاذ إجراءات بشأن العقار كالمعاينة وغيرها

---

(١) انظر المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى.

وهى أمور لا يستطيع القيام بها غير محكمة موقع العقار[١].

ولم يختلف الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى عما هو معروف فى القانون الوضعى من استثناء الدعاوى المتعلقة بعقار من اختصاص المحاكم الوطنية فى الدولة الإسلامية "ففى مختصر الواضحة فى الرجل من أهل المدينة يكون له دار بمكة فيدعيها رجل من أهل مكة:

"إنما تكون خصومتها حيث الدار والشيء المدعى فيه فثم يسمع من بينة المدعى وحجته ويضرب لصاحب الدار آجلا حتى يأتى فيدفع عن نفسه أو يوكل له وكيلا ...".

إلا أن من الفقهاء من رأى عدم الخروج على قاعدة أن المدعى يتبع المدعى عليه أينما كان حتى ولو كان النزاع متعلقا بعقار على سند من القول "إنما تكون الخصومة حيث يكون المدعى عليه ولا يلتفت إلى موضع المدعى ولا موضع المدعى فيه، غير أن من حق المدعى أن يلجأ إلى قاضى مكان موقع العقار ليسمع البينة ويحقق المسألة ثم يكتب بذلك إلى قاضى موطن المدعى عليه.

ذلك إلا اذا وجد المدعى عليه، لأى سبب كان، فى البلد موقع العقار فيخاصم لدى قاضى هذا البلد دون أن يكون له أن يمتنع.

---

(١) المرجع السابق، ص ٤٤٨؛ وانظر أيضا الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٦٧٧، والدكتور هشام صادق، دروس فى القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول ، ط ١٩٨٤، ص ٨٣، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٦.

إلا أن الرأى الراجح فيما يتعلق بالعقار هو انعقاد الاختصاص لقاضى بلد موقع العقار[١].

المبحث الثانى

ضوابط الاختصاص المشتقة من طبيعة النزاع

قد تنشأ العلاقة بين النزاع ومحاكم الدولة من طبيعة النزاع أو من صلته بالنظام القانونى فيها وهو ما نفصله فيمايلى:

١ - وجود محل الالتزام بمصر :

لاشك فى أن وجود محل الالتزام باقليم الدولة انما يعبر عن ارتباط هذا الالتزام بالدولة ويجعل محاكمها أكثر قدرة على الفصل فى المنازعات الناجمة عن الاخلال بتنفيذه، وعلى كفالة الآثار المترتبة على الحكم الصادر بشأنه. لذلك نص المشرع فى المادة ٣٠ فقرة ثانية على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية. إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فى مصر ....".

ولم يفرق المشرع بين كون الالتزام عقديا أم غير عقدى .

ففى كلتا الحالتين ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية اذا كانت مصر هى محل الالتزام ، وذلك حتى ولو لم يكن المدعى عليه متوطنا بمصر أو كان مصرى الجنسية .

---

(١) انظر تبصرة الحكام، مرجع سبق ذكره، ص ٦٧ - ٦٨.

أولا : الالتزامات التعاقدية :

يكون الالتزام التعاقدى بمصر إذا كان العقد أى التصرف المنشئ للالتزام قد أبرم فى مصر . كذلك تعتبر مصر محلا للالتزام اذا كان قد تم تنفيذه فى مصر أو كان هذا التنفيذ واجبا فيها. وعلى ذلك فقد ينعقد الاختصاص بنظر مثل هذه المنازعات للمحاكم المصرية ومحاكم دولة أجنبية فى نفس الوقت، كما لو كان العقد قد تم ابرامه فى مصر وتم تنفيذه فى الخارج ، أو كان موطن المدعى عليه فى الخارج . وحينئذ يثور التساؤل حول مدى اقرار القانون المصرى لاختصاص المحاكم الاجنبية بنفس النزاع.

وقد ورد نص المادة ٣٠ السالف الذكر عاما بحيث يسرى بالنسبة لكافة الالتزامات العقدية مدنية كانت أم تجارية كما يسرى بالنسبة للالتزامات الارادية غير العقدية(١) .

ولا يستثنى من ذلك سوى العقود التى تهدف الى تقرير حق عينى على عقار واقع فى الخارج .

وقد استقر الفقهاء على اعتبار هذا القيد عاما بحيث يسرى كذلك اذا كان محل الالتزام بمصر .

ومن ثم فان المحاكم المصرية لا تختص بنظر الدعوى - رغم ابرام العقد بمصر - اذا كان العقد يتعلق بنقل حق عينى على عقار كائن بالخارج .

ويثور السؤال حول تحديد المقصود بابرام العقد وكذلك

---

(١) وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالوصية اذا كانت قد اجريت فى مصر أو نص على تنفيذها فيها ؟

المقصود بتنفيذ الالتزام التعاقدى . ولما كان الامر يتعلق بتفسير قاعدة من قواعد الاختصاص المصرية فان القانون المصرى هو الذى يتكفل بهذا التحديد فهو الذى يحدد مثلا متى يتم ابرام العقد بين الغائبين(١) ، ومتى يعتبر العقد قد تم تنفيذه .

ثانيا : الالتزامات غير التعاقدية :

كذلك ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية إذا كانت مصر محل الالتزام الناجم عن الفعل الضار أو الفعل النافع .

وفيما يتعلق بالفعل الضار يثور التساؤل عن محل الفعل الضار المنشئ للالتزام وذلك إذا اختلف مكان وقوع الخطأ عن مكان تحقق الضرر .

ونرى مع البعض(٢) وجوب تفسير المقصود بمحل وقوع الفعل الضار بحيث ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية سواء كانت مصر هى مكان وقوع الخطأ أم كانت مكان تحقق الضرر .

أما بالنسبة للفعل النافع أو الاثراء بلا سبب فإن الالتزام بالرد مشروط بوقوع الاثراء ولا عبرة بالافتقار فى ذاته أو بما يتجاوز قيمة الاثراء . وعلى ذلك يمكن القول بأن محل نشوء الالتزام الناجم عن الفعل النافع هو مكان تحقق الاثراء . فإذا تحقق الإثراء فى مصر انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعوى. أما إذا كانت واقعة الافتقار هى التى تحققت وحدها فى

---

(١) ومن المعلوم أن العقد بين غائبين يعتبر قد أبرم فى المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول وفقا لنص المادة ٩٧ من القانون المدنى المصرى . ومن صور ذلك استخدام الفاكس والانترنت فى ابرام العقود .
(٢) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق .

مصر فإنه يتعذر القول بنشوء الالتزام حينئذ كما أن هذه الواقعة لا تكفى وحدها لقيام الرابطة المادية اللازمة لاختصاص المحاكم المصرية لإمكان كفالة آثار الحكم الصادر فى النزاع.

٢- التعلق بإفلاس اشهر فى مصر:

تقضى المادة ٣٠ من قانون المرافعات بأنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن او محل اقامة فى الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أشهر فى الجمهورية".

وعلى ذلك يكفى لانعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية بشأن الدعاوى المتعلقة بالإفلاس أن يكون قد صدر اشهار هذا الافلاس من المحاكم المصرية . ولم يشترط المشرع كون المال محل النزاع كائنا بالاقليم المصرى ، كما أنه لم يشترط توطن المدعى عليه بمصر أو تمتعه بالجنسية المصرية . ذلك أن المحاكم التى حكمت باشهار الافلاس هى أوثقها صلة بشئون التفليسة وأقدرها على الفصل فى الدعاوى المتعلقة بها. هذا فضلا عن أن جمع كافة هذه الدعاوى أمام محكمة واحدة من شأنه تلافى تضارب الاحكام الصادرة بشأنها . ويعتبر من الدعاوى المتعلقة بالتفليسة والتى تختص بها المحاكم المصرية وفقا للنص السابق كافة الدعاوى الناشئة عن شهر الافلاس أو المتعلقة بادارة التفليسة وكذلك أية دعوى يطبق بشأنها قاعدة من قواعد نظام الافلاس سواء رفعت من السنديك أو الدائن أو الغير أو رفعت عليهم . ومثال ذلك الدعوى التى يرفعها دائن المدين المفلس على السنديك للمطالبة بدينه والدعوى التى يرفعها السنديك على الغير مطالبا

بدين للمفلس أو طالبا الحكم بعدم نفاذ تصرفات المفلس فى فترة الريبة .

أما الدعاوى غير الناجمة عن التفليسة أو غير الخاضعة لقواعد نظام الافلاس ومثلها الدعوى ببطلان تصرف المدين المفلس لسبب لا يتعلق بالافلاس لعدم مشروعية السبب فانها تخرج عن نطاق الدعاوى التى نصت المادة ٣٠ فقرة ثانية على اختصاص المحاكم المصرية بها.

وإذا كان المشرع قد قرر اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للدعاوى المتعلقة بافلاس تم اشهاره فى مصر ، إلا أنه لم يبين متى تختص هذه المحاكم باشهار هذا الافلاس . وازاء سكوت المشرع فى تحديد ضابط معين لاختصاص المحاكم المصرية باشهار الافلاس فانه يتعين الرجوع للضوابط العامة للاختصاص القضائى الدولى التى نص عليها قانون المرافعات ، بحيث تختص المحاكم المصرية باشهار الافلاس اذا كان المدعى عليه متوطنا(١) أو مقيما بمصر أو كان مصرى الجنسية أو كانت أموال التاجر المدين بمصر . غير أن الأمر يدق إذا كانت مصر هى محل الالتزام بالنسبة لبعض العمليات التجارية التى قام بها التاجر المدين. ونحن نؤيد أنه من العسير الاكتفاء بكون محل الالتزام فى مصر لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية لشهر الافلاس طالما كان الضابط يتعلق بعمليات فردية لا تشمل كافة الدائنين وبالتالى لا يكفل اشراك هؤلاء كلهم أو غالبيتهم فى التفليسة .

---

(١) ويستوى فى ذلك وجود موطن عام للمدعى عليه فى مصر أو موطن خاص .

٣ - دعاوى الارث والتركات :

راعى المشرع عند تحديده لقواعد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم الجمهورية الصلة الوثيقة بين مختلف الدعاوى التى ترفع بشأن إرث أو تركة . ومن ثم رأى أن يجمع بينها فى صعيد واحد من حيث الاختصاص . فلم يعتد فى تقريره اختصاص محاكم الجمهورية بمحل اقامة او توطن المدعى عليه ، كما لم يعتد بصفة المدعى وكونه وارثا أم من الغير . كذلك لم يعتد بسبب الدعوى وكونها تتعلق بالمطالبة بحق الارث أو بدين على التركة أو بقسمتها أو بادارتها وإنما أشترط فقط لاختصاص محاكم الجمهورية بجميع الدعاوى المتعلقة بالارث أو التركة توافر أحد شروط ثلاثة تضمنتهم المادة ٣١ من قانون المرافعات على سبيل الحصر :

الأول : أن تكون التركة قد افتتحت بجمهورية مصر العربية. وتعتبر التركة قد افتتحت بالجمهورية اذا كانت الجمهورية هى آخر موطن للمورث.

الثانى : أن يكون المورث مصرى الجنسية . ويرجع فى تحديد جنسية المورث الى أحكام تشريع الجنسية فى جمهورية مصر العربية.

الثالث : أن توجد أموال التركة كلها أو بعضها باقليم الجمهورية ويستوى فى هذا الصدد أن يكون المال الموجود باقليم الجمهورية منقولا أم عقارا .

وعلى ذلك فإنه إذا توافر أى من الشروط الثلاث السابقة

اختصت المحاكم المصرية بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالارث أو التركة.

المبحث الثالث

ضوابط الاختصاص

التى يتطلبها حسن أداء العدالة

قد لا يتوافر للمدعى موطنٌ أو جنسية فى الدولة إلا أن حسن أداء العدالة يقتضى اجازة التقاضى أمام القاضى الوطنى تحقيقا لمصلحة الطرف الضعيف لاسيما فى مسائل الأحوال الشخصية وهو ما دفع المشرع المصرى لتنظيم هذا الاختصاص بموجب المادة ٣٠ من قانون المرافعات على النحو التالى:

١ -الدعاوى المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية إذا كان المدعى متوطنا بالجمهورية او مصرى الجنسية:

لما كانت المنازعات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية وثيقة الصلة بحياة الانسان وكيانه فقد حرص المشرع على التيسير على المدعى وتمكينه من الوصول إلى حقه دون أى تأخير.(١)

ومن ثم نصت المادة ٣٠ من قانون المرافعات الحالى على أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية وذلك فى الاحوال الآتية:.........

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، ط ١٩٩٠ ، دار النهضة العربية ، ص ٣٢٠.

٧ - إذا كانت الدعوى متعلقة بمسالة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنيا أو كان اجنبيا له موطن فى الجمهورية ، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى".

ويستخلص من هذا النص انعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعاوى المتعلقة بالاحوال الشخصية فى حالتين:

الحالة الأولى : حيث لا يعرف للمدعى عليه موطن فى الخارج.

وهنا تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى تفاديا لاحتمال انكار العدالة الناتج عن عدم وجود محاكم دولة أجنبية تختص بنظر الدعوى المراد رفعها على ذلك الأجنبى غير المعروف الموطن.(١)

ذلك أنه لا مفر من اختصاص المحاكم المصرية بنظر هذه المنازعات مراعاة لصالح المدعى، لاسيما وأن أحد أهم واجبات الدولة هو أداء العدالة نحو مواطنيها وكذلك المتوطنين بها .

الحالة الثانية:حيث يكون القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق:

فهنا ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالنظر إلى أن القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق فى الدعوى وفقا لقواعد الاسناد المصرية . فخروجا على القاعدة العامة فى أن الاختصاص التشريعى لا يجلب الاختصاص القضائى، رأى

---

(١) انظر الدكتور احمد قسمت الجداوى ، مبادىء القانون الدولى الخاص ، ط ١٩٨٨، ص ١٠٩.

المشرع ملاءمة اختصاص المحاكم المصرية بنظر تلك الدعاوى ، بمقولة أن هذه المحاكم ستكون أقدر على تطبيق القانون المصرى من غيرها خاصة وأن الدعوى تتعلق بالأحوال الشخصية وترفع من مصرى الجنسية أو أجنبى متوطن فى مصر.[١]

ويلاحظ على نص الفقرة السابعة من المادة /٣٠ المشار إليها مايلى:

أ - أن المشرع لم يكتفِ فى المدعى الأجنبى أن يكون له محل اقامة فى مصر بل اشترط أن يكون له موطن فى مصر ، خارجاً بذلك عن القاعدة المعتادة فى التسوية بين الموطن ومحل الاقامة.[٢]

ب - أن المشرع إذ عقد الاختصاص القضائى للمحاكم المصرية إذا كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق فإنه بذلك ربما أراد أن يحقق الانسجام مع حكم المادة ١٤ من القانون المدنى المصرى والتى تجعل القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق فى الزواج والطلاق والتطليق والانفصال متى كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج.[٣]

---

(١) انظر فى تطبيق هذا النص حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية الصادر من الدائرة ٢٣ أ.ش.ج. فى الدعوى رقم ٣٥١ لسنة١٩٩٨ جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠ بشأن دعوى اثبات طلاق مرفوعة من مصرية ضد طليقها السعودى الجنسية الذى ليس له محل اقامة بالجمهورية.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، ط ١٩٦٩، ص ٦٨٣.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، فى تنازع القوانين ، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ط ١٩٨٦ ، ص ٦٨٩.

٢ - الدعاوى المتعلقة بالزواج :

لما كان الزواج من المسائل الوثيقة الصلة بالشخص فقد رأى المشرع تحقيقا لحسن أداء العدالة وتيسيرا على الخصوم أن ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر ما يتعلق بالزواج من منازعات فى الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : دعاوى المعارضة فى إبرام الزواج أمام موثق مصرى:

رأى المشرع أنه إذا ما كان إبرام عقد الزواج داخلا فى اختصاص موثق مصرى إعمالا لقواعد تنازع القوانين المنصوص عليها بمواد القانون المدنى فإن المعارضة فى ابرام هذا الزواج يجب أن تكون من اختصاص المحاكم المصرية .

فنصت المادة ٣/٣٠ من قانون المرافعات الحالى على أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية وذلك ..... إذا كانت الدعوى معارضة فى عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصرى".

وواضح من نوعية موضوع هذه الدعوى مدى الارتباط بين هذه العلاقة القانونية - علاقة الزوجية - والدولة المصرية ، حيث يراد تكوينها فى مصر على يد موثق مصرى يباشر سلطته المقررة وفقا للقانون المصرى فى نطاق مرفق عام هو مرفق التوثيق المصرى. ولا غرو أن تختص المحاكم المصرية بالدعوى المرفوعة على أجنبى غير متوطن ولا مقيم فى مصر متى

اعترض فيها على عقد هذا الزواج بقصد تعطيله او منع توثيقه بواسطة ذلك الموثق المصرى .

ومثال ذلك أن يدعى المدعى فى هذه الدعوى بعدم أهلية أحد الزوجين أو كلاهما أو بقيام مانع للزواج.[١]

الحالة الثانية: دعاوى فسخ الزواج أو التطليق او الانفصال الجسمانى:

رأى المشرع حماية ثلاث طوائف من الزوجات وتمكينهن من رفع دعواهن المتعلقة بفسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال أمام المحاكم المصرية وذلك بالرغم من عدم توطن أو اقامة الزوج المدعى عليه بالاقليم المصرى.[٢]

فجاء نص المادة ٤/٣٠ من قانون المرافعات على النحو التالى "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس لـه موطن أو محل اقامة فى الجمهورية وذلك .... اذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج متى كان لها موطن فى الجمهورية أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن فى الجمهورية على زوجها الذى كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه فى الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال او كان قد

---

(١) وفقا للقانون الواجب التطبيق على شروط صحة هذا الزواج. أنظر الدكتور احمد الجداوى ، المرجع السابق، ص ١٠٦-١٠٧.

(٢) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٣٢١.

أبعد عن الجمهورية".(١)

ولتيسير فهم اختصاص القضاء المصرى بهذه الحالة نرى أن نعرض لكل طائفة منهن على حدة كمايلى :

أ - طائفة الزوجات اللاتى كن يتمتعن بالجنسية المصرية وفقدن هذه الجنسية بسبب الزواج :

وقد وضحت المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات أن الهدف من انعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية بشأن هذه الطائفة من الزوجات هو تمكين الزوجة التى كانت مصرية والتى مازالت متوطنة بالجمهورية من استرداد الجنسية المصرية بعد حصولها على حكم قضائى لصالحها بعد حل رابطة الزوجية إعمالا لحكم المادة ١٣ من قانون الجنسية المصرى.(٢)

ويبرر هذا الاختصاص أن تمتع الزوجة بالجنسية المصرية وقت انعقاد الزواج يؤدى الى تطبيق القانون المصرى وحده على الدعوى(٣) وهى من حالات الاختصاص التشريعى الذى يجلب الاختصاص القضائى.

---

(١) يقابل هذا النص ما كان منصوصاً عليه بالمادة "٨٦١/د" من قانون المرافعات القديم وقد جاء النص الحالى أكثر بيانا فى ضبط الحكم من حيث المقصود بالإقامة فعبر عنها "بالموطن" حيث يكون المراد هو الإقامة العادية تمييزا لها عن "محل الإقامة" الذى يقصد به مجرد الإقامة التى لا تكون موطنا طبقا للقواعد الواردة فى القانون المدنى. راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالى .

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢ ، والدكتور احمد الجداوى، المرجع السابق، ص ١١٠، والدكتور عبد السند يمامة ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى ، ص ٣٢٧.

(٣) فيما عدا شرط الأهلية للزواج وفقا لنص المادة ١٤ من القانون المدنى.

ب - طائفة الزوجات اللاتى هجرهن أزواجهن وتوطنوا خارج مصر:

ويشترط هنا أن تكون الزوجة متوطنة بإقليم الجمهورية وذلك دون نظر الى جنسيتها، فيستوى أن تكون مصرية أم أجنبية.

وقد راعى المشرع الظروف الاقتصادية والاجتماعية لهذه الطائفة من الزوجات ، حيث يتعذر عليها الالتجاء الى محكمة دولة موطن الزوج المدعى عليه ومقاضاته امامها فرفع عنها هذه المشقة.(١)

ج - طائفة الزوجات الاجنبيات المتوطنات بالاقليم المصرى واللاتى أبعد أزواجهن عن اقليم الجمهورية :

استهدف المشرع التيسير على هذه الطائفة من الزوجات فرفع عنهن مشقة ملاحقة الزوج الاجنبى المدعى عليه فى موطنه بالخارج ، مشترطا لانعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية أن تكون الدعوى متعلقة بفسخ زواج او انفصال او تطليق وأن تكون الزوجة متوطنة باقليم الجمهورية بصرف النظر عن جنسيتها.(٢)

٣ - دعاوى النفقات :

رأى المشرع ضعف حالة المطالب بالنفقة وحاجته إلى الرعاية فخرج عن القاعدة المعروفة فى الاختصاص القضائى الدولى والتى تقضى باختصاص محاكم الجمهورية إذا كان للمدعى

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٣٢٢. ، والدكتور عبد السند يمامة ، المرجع السابق ، ص ٣٢٨ .

(٢) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق .

عليه موطن أو محل اقامة بالجمهورية[١]. ويظهر ذلك واضحا من نص المادة ٥/٣٠ من قانون المرافعات الحالى التى نصت على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس لـه موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك .... إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لها موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيها".

فبهذا النص يقرر المشرع الاختصاص للمحاكم المصرية بدعاوى النفقات فى حالتين :

الأولى: تتعلق بدعاوى النفقة التى تقام من أم او زوجة لها موطن بجمهورية مصر العربية .

والثانية: تشمل دعاوى النفقة التى تقام من الصغير[٢].

ويلاحظ هنا أن المشرع وإن جمع الحالتين فى نص واحد الا أنه ميز بينهما فى الشروط الواجب توافرها لانعقاد الاختصاص فبينما استلزم بالنسبة للحالة الاولى أن يتوافر للأم أو الزوجة موطن فى مصر، اكتفى فى الحالة الثانية بتوافر الإقامة العادية للصغير تيسيرا عليه.

والحقيقة أنه اذا كان المشرع قد اكتفى باقامة الصغير فى مصر فهو لم يخالف بذلك القواعد القانونية التى تحكم فكرة الموطن ، فلاشك أن للصغير موطن حكمى أو قانونى هو موطن

---

(١) المرجع السابق ص ٣٢٣.
(٢) المرجع السابق ص ٣٢٣.

من ينوب عنه قانونا.[(١)] ومن ثم فلا تظهر قيمة هذا الخروج عن القواعد العامة إلا عندما ترفع الدعوى قبل تعيين من ينوب عنه قانونا أو حين المقارنة بضابط الاختصاص المتعلق بدعاوى الولاية على المال، حيث لم يشترط التوطن مكتفيا بالإقامة فى حق الصغير.

ويلاحظ أيضا أن نص المادة ٥/٣٠ انما يتعلق بطلب النفقة العادية التى تتقرر للصغير وللأم باعتبار النسب او بالنسبة للزوجة باعتبارها أثر من آثار الزواج . أما إذا تعلق الطلب بنفقة وقتية فإن الاختصاص القضائى يتحدد حينئذ بالمادة ٣٤ من قانون المرافعات لاختلاف نوعية النفقة والمبررات التى تفرض على أساسها.

٤ - الدعاوى المتعلقة بالنسب :

راعى المشرع الأهمية البالغة لمسألة النسب بالنسبة للصغير ومن ثم عقد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعاوى التى ترفع باسم الصغير او لمصلحته بخصوص نسبه سواء كان ذلك بطلب إثبات النسب أو الاقرار به أو إنكاره . فقد جاء نص المادة ٦/٣٠ من قانون المرافعات على النحو الاتى "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن او محل اقامة فى الجمهورية وذلك ...... إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهورية .....".

فمراعاة لمصلحة الصغير وحماية له لم يشترط المشرع أن

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٨ ، وأنظر الدكتور حسن كيره ، المدخل الى القانون ط ١٩٦٩ ، ص ٥٤٥.

يكون للصغير موطن فى مصر وإنما اكتفى بمجرد الاقامة التى تشكل العنصر المادى فى فكرة الموطن ، كما لم يشترط أن يكون الصغير مصريا، بل يمكن أن يكون ممن يتمتعون بجنسية دولة أجنبية .

٥ - دعاوى الولاية على النفس والمال :

رأى المشرع استثناء جميع الدعاوى المتعلقة بالولاية من قاعدة اختصاص محاكم الجمهورية الذى يبنى على أساس توطن أو محل اقامة المدعى عليه. غير أن المشرع فرق فى هذا الصدد بين الدعاوى المتعلقة بالولاية على النفس وتلك المتعلقة بالولاية على المال.(١)

فقد نصت المادة ٦/٣٠ على أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية إذا كانت الدعوى بشأن .... او بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها".

فالفرض فى هذه الحالة أن الدعوى قد رفعت على أجنبى بلا موطن ولا محل إقامة فى مصر ومع ذلك تختص المحاكم المصرية بنظرها بشرط :

أ - أن تتعلق الدعوى بالولاية على نفس الصغير، الذى يكفى له مجرد توافر محل إقامة فى مصر ، بصرف النظر عما اذا كان مصريا أو أجنبيا ، تسهيلا على الصغير صاحب المصلحة الحقيقية فى الدعوى. ويبرر ذلك أن مسائل الولاية على النفس

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، أصول تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٤.

مثلها مثل مسائل النسب مما يمس الكيان الاجتماعى للدولة.[1]

ب - أن يكون هذا الصغير مدعياً ، أو بعبارة أدق رفعت الدعوى باسمه أو لمصلحته، وذلك باعتبار أنه هو صاحب المصلحة الحقيقية فى الدعاوى المتعلقة بنسبه أو بالولاية على نفسه.[2]

أما بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالولاية على المال فقد نصت المادة ٨/٣٠ من قانون المرافعات الحالى على أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية ..... اذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر او المطلوب الحجر عليه او مساعدته قضائيا موطن أو محل اقامة فى الجمهورية أو اذا كان بها آخر موطن أو محل اقامة الغائب".

ويتبين من هذا النص أن المحاكم المصرية تختص بنظر هذا النوع من الدعاوى اذا ما توافرت الشروط الثلاثة الآتية :

أ - ان يكون للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل اقامة فى مصر أو كان بها آخر موطن أو محل اقامة بالنسبة للغائب .

وواضح من هذا الشرط أنه يستوى أن يكون للشخص الذى

---

(١) انظر الدكتور احمد الجداوى ، المرجع السابق ، ص ١١٤.

(٢) المرجع السابق : وقارن مع ذلك رأى الدكتور هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائى الدولى، ط ١٩٦٩، ص ١١٥ حيث يرى أنه "يستوى أن يكون الصغير مدعيا أو مدعيا عليه". حيث يغفل أننا بصدد دعوى مرفوعة على أجنبى بلا موطن ولا محل إقامة فى مصر. فالفرض الذى يكون فيه الصغير مدعيا عليه تحكمه نصوص أخرى تختلف بحسب ما اذا كان الصغير مصريا (المادة ٢٨ مرافعات) أم أجنبيا (المادة ٢٩ مرافعات).

ترفع دعوى الولاية على ماله موطن أو محل اقامة فى مصر.[(١)]

ويقصد بموطن أو محل إقامة القاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة من ينوب عنهم قانونا[(٣)] ، أى يلزم أن يكون موطن النائب عن القاصر أو المطلوب الحجر عليه موجودا فى مصر.

ب - أن يكون المدعى عليه أجنبيا ليس له موطن أو محل إقامة فى مصر .

وقد أثار هذا الشرط خلافاً فى الفقه المصرى حيث ذهب البعض إلى أنه يستوى أن "تكون الدعوى المتعلقة بالولاية على المال مرفوعة من المالك أو مرفوعة ضده".[(٣)]

وهو ما نراه مع غيرنا، منتقدا إذ لو قصد المشرع أن يكون ناقص الاهلية او الغائب مدعى عليه لما أورد فى مستهل المادة ٣٠ من قانون المرافعات النص على أن الدعوى "ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية".

خاصة وأن القول بغير ذلك يحمل فى طياته وصف النصوص التشريعية بالتناقض فيما بينها وعدم الانضباط ، وهو وصف غير صحيح حيث وضع المشرع قاعدة عامة للاختصاص تواجه الحالة التى يكون فيها المدعى عليه فى الدعوى متوطن أو

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سبق ذكره ص ١١٢، والدكتور احمد الجداوى، المرجع السابق ص ١١٦.
(٣) انظر المواد ٤٠، ٤٢ من القانون المدنى المصرى وجدير بالذكر أن هذا الحكم اوسع مما كان منصوصاً عليه فى المادة ١/٨٦١ من قانون المرافعات القديم التى كانت تشترط الموطن بركنيه دون اعتبار للإقامة وحدها.
(٣) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ص ٣٢٥.

مقيم فى الجمهورية بنص المادة /٢٩ من قانون المرافعات.[١]

ج - أن تتعلق الدعوى بمسألة من مسائل الولاية على المال.[٢] كتعيين النائب القانونى أو توقيع الحجر على من انتابه عارض من عوارض الأهلية أو تعيين القيم على المحجور عليه أو تقرير المساعدة القضائية أو تعيين المساعد القضائى وكذلك إثبات الغيبة وتعيين الوكيل القانونى[٣] عن الغائب[٤].

المبحث الرابع

ضوابط الاختصاص التى يفرضها منطق الخصومة

نظم المشرع المصرى فى المواد ٣٢ ، ٣٣، ٣٤ من قانون المرافعات الاختصاص القضائى الدولى بضوابط يفرضها منطق الخصومة وهو ما نتناوله فيمايلى:

١ - القبول الاختيارى:

يُسلم معظم رجال الفقه والقضاء الحديث بتخويل الإرادة

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات الحالى التى توضح أن نص هذه المادة يضع "قاعدة عامة لا تعطلها قواعد الاختصاص بمسائل الولاية على المال .... الخ ".

(٢) جدير بالذكر أن تحديد ما يعتبر من مسائل الولاية على المال مسألة من مسائل الوصف القانونى للوقائع وهو ما يخضع للقانون المصرى باعتباره قانون القاضى إعمالا لنص المادة /١٠ من القانون المدنى.

(٣) بمعرفة المحكمة .

(٤) يلاحظ أن المحاكم المصرية تختص بنظر كل ما يتعلق بالولاية على المال الا أن ذلك الاختصاص ليس مطلقا بل هو مقيد بالحدود التى يقرها قانون جنسية الشخص الذى تجب حمايته وفقا لنص المادة ١/١٦ من القانون المدنى فى شأن حماية غير كاملى الأهلية . أنظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق ص ١١٤.

دورا فى مجال تحديد الاختصاص القضائى الدولى بحيث يكون للخصوم أن يتفقوا على قبول ولاية قضاء الدولة حتى ولو لم تكن محاكمها مختصة اصلا بالنزاع وفقا لأى ضابط من ضوابط الاختصاص التى يحددها المشرع[١].

وقد نص المشرع المصرى على الخضوع الاختيارى بوصفه من الأسباب التى ينعقد بمقتضاها الاختصاص للمحاكم المصرية فى المادة ٣٢ من قانون المرافعات بقوله "تختص محاكم الجمهورية بالفصل فى الدعاوى ولو لم تكن داخله فى اختصاصها طبقا للمواد السابقة اذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا"[٢].

ويتسم ضابط الخضوع الارادى أو قبول ولاية القضاء بأنه ضابط:

١ - **شخصى** لأنه لا يشتق من نوع المنازعة.

٢ - **وقانونى** لأن القبول عمل من الأعمال القانونية، حيث أعطى القانون للإرادة سلطة الاختيار وأعترف بها ورتب عليها آثارها.

فإذا ما تحقق القبول الإرادى ينعقد على أساسه الاختصاص لمحاكم الدولة المقبول ولايتها.

ويتسع نطاق استخدام هذا الضابط ويضيق من تشريع لآخر.

---

(١) لمزيد من التفصيلات انظر الدكتور عكاشة عبد العال، القانون الدولى الخاص، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٦، ص ٤٥٣ ومابعدها.

(٢) وتأخذ العديد من التشريعات المقارنة بالخضوع لولاية القضاء ضابطا للاختصاص من ذلك المادة ٤ من قانون المرافعات الايطالى وكان المشرع المصرى يأخذ به فى المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩.

فهو أساس صالح للاختصاص بالدعاوى الشخصية وحدها فى الدول الانجلو أمريكية، وهو أكثر اتساعا فى إيطاليا حيث لا يخرج عنه الا الدعاوى المتعلقة بعقارات فى الخارج(١).

أما فى القانون المصرى فهو أكثر اتساعا إذ أن ظاهر نص المادة ٣٢ من قانون المرافعات يفيد أن المشرع قد جعل من اختصاص المحكمة فى هذه الحالة اختصاصا عاما يسرى على جميع الدعاوى سواء كانت دعاوى عينية تتعلق بالالتزامات العينية أم شخصية تتعلق بالالتزامات الشخصية أم كانت مختلطة بين الطائفتين(٢).

علاوة على أن المشرع قد استخدم وصف "الخصم" فلم يفرق بين قبول المدعى أو المدعى عليه، كما أنه أعطى للإرادة حرية القبول صراحة أو ضمنا بما يستفاد من ظروف الحال التى تقدر فى كل حالة على حدة(٣).

وقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بهذه المسألة عند تعرضهم لاشتراط رضاء الخصوم بالتخاصم أمام القضاء حيث اتجه غالب الفقهاء إلى أن خضوع الاجانب فى منازعاتهم للولاية القضائية فى القضايا الخاصة بهم يتوقف على رضاء طرفى

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٦٤٦ - ٦٤٧ بند ١٧٠.

(٢) كان قانون المرافعات القديم يقصر هذا الاختصاص - دون مبرر - على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية. وتخرج بعض التشريعات كالتشريع الفرنسى دعاوى التطليق من نطاق ضابط القبول الاختيارى ربما خشية التحايل على أحكام القانون الواجب التطبيقى. لمزيد من التفصيل. انظر الدكتور عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٥٤ ومابعدها.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٥٥- ٤٥٦.

الخصومة[١]:

فقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه فى قضايا النكاح، أو الزواج، يلزم لاختصاص القاضى المسلم أن يتراضى جميع الخصوم - ذميين أو مستأمنين - على الترافع إليه. واستندوا فى ذلك إلى أن زواج غير المسلمين يجب التسليم به، ولا يجب التعرض لصحته أو بطلانه، ورفع الدعوى من أحد الخصوم فقط يجب ألا يزعزع حق الطرف الآخر فى الاعتقاد فى صحة النكاح وبقائه.

غير أن الشيخان أبو يوسف ومحمد قررا كفاية رضاء أحد الخصوم فقط لعقد الاختصاص للقاضى المسلم اختصاصا الزاميا.

أما فى غير قضايا الأنكحة والزواج، فالمتفق عليه هو انعقاد الاختصاص للقاضى المسلم بنظر المنازعات - بين غير المسلمين بصفة عامة، إذا رفع أحد الاخصام فقط، الدعوى إليه، ولا يشترط تراضى جميع الأطراف[٢].

وقد ذهب فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة إلى انعقاد الاختصاص للقاضى بالنسبة لدعاوى الأجانب أيا كان نوع الدعوى اذا ما ترافعوا إليه راضين بذلك جميعا، فلا يكفى رضاء أحد الخصوم دون الآخر[٣].

---

(١) انظر الدكتور محمد سلامة مدكور، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٢) انظر فتح القدير، مرجع سبق ذكره، الجزء الثانى، ص ٥٠٤، وانظر عرض هذه الجزئية لدى الدكتور احمد عبد الكريم، فكرة القانون الدولى الخاص .....، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٣ - ١٤٤.

(٣) انظر مغنى المحتاج، الجزء الثالث، ص ١٩٥ والأم للأمام أبى عبد الله محمد بن أدريس الشافعى طبعة دار الشعب بالقاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، الجزء الرابع، ص ١٣٠.

علـى أن الاختـصـاص هنـا يكـون اختياريـا بالنسبة للقاضـى المسلم، فله أن يحكم بينهم أو أن يرفض الاختـصـاص استنادا لقول الله سبحانه وتعالى (فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم).

وعلى ذلك يمكن القول بأن هناك اتفاقا بين المذاهب الفقهية على اختـصاص القضاء الإسلامى فـى دعـاوى الأجانـب، إلا أنـه اختـصاص اختيـارى تتدخل فيه إرادة الأطراف فـى رفـع الدعوى وتتدخل فيه إرادة القاضـى فـى قبول الفصل فـى النزاع أو القضاء بعدم الاختـصاص، إلا أنـه إذا انعقد الاختـصاص واصدر القاضـى الحكم، كان قضاؤه ملزما للأخصام ويؤكد ذلك مـا ورد فـى الاقنـاع من أنه "ويلزمهم حكمنا"[١].

فـاذا مـا قارنـا بين مـا أسلفنا ومـا هـو فـى القـانون الوضـعى لوجدنا أن نقطة الخلاف الوحيدة هى أن القاضى فى الدول الحديثة لا يستطيع أن يقضى بعدم اختصاصه بنظر منازعات الأجانب إذا ما قبلوا الالتجاء إليه تجنبا لإنكار العدالة.

التسوية بين القبول الصريح والقبول الضمنى:

سـوى المـشرع المـصرى بـين القبـول الـصريح والقبـول الـضمنى فـى هـذا الـشأن[٢] ، بـل وعمـم هـذا الحكـم بحيـث يـشمل المنازعات فى مواد الأحوال العينية وفـى مـواد الأحوال الشخصية

وانظر مجمع البيان فى تفسير القرآن للشيخ أبى على الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسى، دار الفكر بيروت، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م، الجزء السادس، ص ١٠٠.

(١) انظر الإقناع فى فقه الأمام احمد بن حنبل، المرجع السابق.

(٢) معالجا بذلك مـا وجـه من نقد الـى نـص المـادة ٨٦٢ من قـانون المرافعـات القديم بسبب اقتصار حكمها على حالة القبول الصريح.

على السواء[١]. دون التفات إلى وضع الخصوم من حيث فكرة فاعلية الاحكام[٢] أو فكرة الملائمة[٣] متى قبل هؤلاء الخصوم اختصاص هذه المحاكم.

وإذا كان القبول الصريح مفهوما فما هى صورة القبول الضمنى؟.

لاشك فى أن تعبير المشرع ينصرف الى المدعى عليه الذى يمكن أن يستشف قبوله الضمنى لاختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المرفوعة عليه من ظروف الحال كما لو حضر فى الدعوى وترافع فى موضوعها دون ان يدفع امام المحكمة بعدم الاختصاص.[٤]

ومعنى ذلك أن القبول الضمنى يستلزم حضور المدعى عليه، أما إذا لم يحضر فلا يمكن اعتبار غيابه من قبيل القبول الضمنى لاختصاص المحاكم المصرية، وهو ما نراه واضحا فى نص المادة ٣٥ من قانون المرافعات التى نصت على أنه "إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها".

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات .

(٢) يقصد بها وجوب توافر السلطة الفعلية التى تسمح بتنفيذ الحكم الصادر فى المنازعة حتى يمكن التسليم للمحكمة بالاختصاص . أنظر فكرة الفاعلية الدكتور احمد الجداوى ، المرجع السابق ، ص ٦١.

(٣) يقصد بها ان الاختصاص يثبت متى وجد القضاء الملائم لنظر المنازعة الدولية. أنظر المرجع السابق، ص ٦٣.

(٤) انظر الدكتور احمد الجداوى ، المرجع السابق ، ص ١٢٢.

ويفهم من ذلك أن غياب المدعى عليه لا يتصور أن يحمل علـى أنـه قبـول منـه لاختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المرفوعة عليه، ولذلك تقضى المحكمة المصرية بعدم اختصاصها حينئذ من تلقاء نفسها طالما أنها ليست مختصة أصلا بالدعوى ، وسواء فى ذلك أكان المدعى قد حضر أم لا.(١)

أما غياب المدعى عند نظر الدعوى وبعد أن سبق ورفع دعواه أمام المحاكم المصرية فلا يؤثر على اختصاص المحكمة إذ يمثل رفعه للدعـوى تعبيرا واضحا عن قبوله الصريح للخضوع للمحاكم المصرية.(٢)

ذلك أن مفاد المواد ٦٣ ، ٦٨ ، ٨٢ من قانون المرافعات أن الخصومة تبدأ باتصالها بالمحكمة المرفوعة اليها ويتم انعقادها باتصالها بأطراف الدعوى طبقا للاجراءات التى رسمها القانون ومتى تم ايداع صحيفة افتتاح الدعوى قلم كتاب المحكمة وأعلانها إلى المدعى عليهم وسلمت هذه الاجراءات من البطلان قامت الخصومة أمام المحكمة فلا يبطلها أو يسقطها أو يمنع المحكمة من الفصل فيها مجرد غياب أو عدم صحة تمثيل من حضر عن المدعى فيها.(٣)

---

(١) نفس الموضع .
(٢) بل أن للمحكمة ان تمضى قدما فى نظر الدعوى والحكم فيها دون حاجة لتأجيلها أنظر المادة ٢/٨٢ من قانون المرافعات ، المعدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . وأنظر فى هذا المعنى حكم محكمة النقض فى ١٩٧٦/٥/١٩ سنة ٢٧ المكتب الفنى، ص ١١٢٣.
(٣) نقض ١٩٨١/٥/٥ طعن رقم ٧٣١ لسنة ٣٠ قضائية ، ونقض ١٩٨٣/٤/٢٨ طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٩ق.

دور الإرادة فى سلب الاختصاص القضائى الدولى :

لم تتناول المادة ٣٢ مرافعات حكم الفرض الذى يتفق فيه الخصوم على سلب الاختصاص من المحاكم المصرية واقراره لمحاكم دولة أجنبية.

وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى وجوب الاعتراف للارادة بالأثر الايجابى فقط، أى بجلب الاختصاص للمحاكم المصرية ، وعدم الاعتداد بهذه الإرادة إذا ترتب عليها الانتقاص أو سلب اختصاص هذه المحاكم. ويرون أن ذلك هو النتيجة الطبيعية المترتبة على حرية كل دولة فى تنظيم الاختصاص الدولى لمحاكمها وعدم وجود قواعد دولية ملزمة فى هذا الصدد . هذا فضلا عن أن قواعد الاختصاص القضائى تتعلق فى رأيهم بالنظام العام ومن ثم يتعين عدم الاعتداد بإرادة الخصوم إذا كان من شأنها الانتقاص من هذا الاختصاص .

ونحن نتفق مع فريق آخر فى القول بوجوب عدم اقحام فكرة النظام العام فى مجال تحديد الاختصاص القضائى . فمن المعلوم أن فكرة النظام العام تتسم بالمرونة وعدم الدقة مما يجعل إعمالها فى مجال الاختصاص القضائى - وهو مجال قائم أساسا على اعتبارات الملاءمة العملية ومدى الرابطة الفعلية بين النزاع ومحاكم الدولة - أمرا محفوفا بالمحاذير ، هذا فضلا عن أن القول بأن قواعد الاختصاص القضائى الدولى من النظام العام يستلزم فى الحقيقة رفض كل دور للارادة الفردية فى مجال تقرير هذا الاختصاص جلبا له أو سلبا إياه .

ونؤيد مع فريق من الفقه المصرى الحديث[1] وجوب الاعتداد كذلك بالأثر السالب لإرادة الأفراد فى تحديد اختصاص المحاكم المصرية فى جميع الفروض التى تكون فيها العلاقة القانونية – التى نشأت بشأنها المنازعة - غير مرتبطة ارتباطا وثيقا بالنظام القانونى المصرى . أما إذا كانت هذه العلاقة مرتبطة ارتباطا وثيقا بالنظام القانونى المصرى فإن اتفاق الأطراف على سلب اختصاص المحاكم المصرية وعقد الاختصاص لمحكمة أجنبية لا يرتب أى أثر فى مواجهة القضاء المصرى. كذلك نؤيد ما يقرره هذا الفريق من أنه "يلزم ألا يسمح القاضى بهذا الخروج الإرادى عن قواعد الاختصاص المقررة فى قانونه إلا بعد الرجوع إلى قانون الدولة التى تم الاتفاق على الخضوع إراديا لمحاكمها للوقوف على مدى سلامة هذا الخضوع وفقا للقانون الأجنبى.

شروط الخضوع الارادى:

رغم أن نص المادة ٣٢ سالفة الذكر لم يتضمن بيان الشروط اللازمة لصحة الاتفاق على منح الاختصاص القضائى لمحكمة معينة إلا أن البعض استخلص بعض القيود التى يفرضها حسن ادارة العدالة، وضمان جدية الدعوى المقامة ، إذ يجب :

أولا : أن تتوافر رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحاكم المصرية باعتبارها المحاكم التى اتفق الأطراف على الخضوع لولاية قضائها .

---

(١) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٣٢٦، والدكتور عكاشة عبد العال: الاجراءات المدنية والتجارية الدولية ص ٨٥ ، الدكتورة حفيظة الحداد : القانون القضائى الخاص الدولى ص ١٣٦.

بمعنى أنه يلزم ان تكون مصالح الخصوم أو أحدهم على الاقل مرتبطة بالاقليم المصرى ، لضمان فاعلية الحكم الذى سيصدر فى الدعوى.[١]

ثانيا : الا يكون الاتفاق على الاختصاص منطويا على غش.

فقد يتجه الخصوم إلى اختيار المحكمة التى يعلمون مقدما أنها ستطبق القانون الذى يلبى رغباتهم تحايلا على اختصاص المحكمة التى كانت مختصة من حيث الأصل والقانون الذى كان يجب تطبيقه من قبل هذه الأخيرة . وهو ما يسمى بالغش نحو الاختصاص.[٢]

المطلب الثانى

الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية

حرص المشرع عند قيامه بوضع قانون المرافعات الحالى على الأخذ بالقاعدة التى استقر عليها العمل فى القانون المقارن والتى مقتضاها اختصاص المحكمة بنظر الطلبات التى ترتبط بدعوى اصلية مرفوعة إليها.[٣] فنص فى المادة ٣٣ من ذات القانون على أنه "إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة فى اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل فى المسائل الأولية

---

(١) مثال ذلك الدعوى المتعلقة بعقار واقع فى الخارج ، حيث لا تتوافر الرابطة المطلوبة بين المحكمة التى ارتضى الأطراف اختصاصها ، وبين النزاع . أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق ص ٩٦-٩٨.

(٢) انظر المرجع السابق ، ص ٩٧.

(٣) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، أصول تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٦.

والطلبات العارضة على الدعوى الاصلية كما تختص بالفصل فى كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها".

فهذه المادة تعرض للحالات التى يكون الاختصاص فيها بالدعوى الأصلية ثابتا بداءة للمحاكم المصرية، وتبعا لذلك أو تكملة لهذا الاختصاص يثبت أيضا لهذه المحاكم الاختصاص بالمسائل الأولية والطلبات العارضة أو المرتبطة بالدعوى الأصلية، سواء تعلقت بمسائل الأحوال الشخصية أو الاحوال العينية.[1]

ومعلوم أن المسائل الأولية هى المسائل التى يتوقف الحكم فى الدعوى على الفصل فيها، ومثال ذلك إذا رفع نزاع بشأن صحة وصية وكانت جنسية الخصوم محل نزاع فإن المحكمة تختص بنظر هذه المسألة الأولية وهى تحديد جنسية الخصوم حتى تتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق.

ويفهم من ذلك أنه يلزم لاختصاص المحاكم المصرية بالمسائل الأولية توافر شرطين :

الأول : أن تكون المحاكم المصرية مختصة اساساً بالدعوى الأصلية بناء على احد ضوابط الاختصاص التى ورد النص عليها بالمواد من ٢٨ إلى ٣٢ من قانون المرافعات.[2]

---

(١) ومثال ذلك أيضا اذا رفعت دعوى مطالبة بريع وأثير فيها نزاع حول الملكية وكان النزاع جديا تعين على المحكمة أن تفصل فى ثبوت الملكية قبل أن تقضى فى الريع، على الرغم من تعلق الملكية بمال موجود فى الخارج.

(٢) لمزيد من التفاصيل أنظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ١٤٥.

الثانى: يجب أن يكون الفصل فى المسألة الأولية لازما للحكم فى الدعوى الأصلية. وهذا يعنى توافر درجة معينة من الارتباط بين الدعويين، سواء عن طريق عنصر السبب أو عنصر موضوع العلاقة او عنصر اطراف المنازعة.(١)

أما الطلبات العارضة فهى بصفة عامة الطلبات التى تقدم من المدعى أو المدعى عليه وتكون متصلة بالطلب الأصلى فى الدعوى، كتصحيح الطلب الأصلى أو تعديل موضوعه أو تكملته من جانب المدعى وكطلب المقاصة المقدم من المدعى عليه . ففى مثل هذه الاحوال تختص المحاكم المصرية بنظر الطلب العارض تبعا لاختصاصها الثابت بنظر الدعوى الأصلية، اعتداداً بفكرة أن الفرع يتبع الأصل المعروفة أساسا فى مجال الاختصاص الداخلى.(٢)

ويشترط لاختصاص المحاكم المصرية بالطلبات العارضة شرطان :

الأول : أن تكون المحاكم المصرية مختصة ابتداء بالدعوى ايا كان الضابط الذى أدى إلى انعقاد هذا الاختصاص .

والثانى : أن تكون الطلبات العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية أو بالطلب الأصلى الذى تختص به أصلا المحاكم المصرية.(٣)

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك المرجع السابق .

(٢) الدكتور أحمد الجداوى ، المرجع السابق ، ص ١٢٤ ، وانظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ١٤٦.

(٣) لمزيد من التفاصيل أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ١٤٨-١٤٩.

ومن أوضح صور الارتباط وجود وحدة فى السبب او فى الموضوع أو فى الخصوم فإن تحقق ذلك فإنه يتعين على المحكمة أن تفصل فى الطلب العارض حتى ولو لم يكن يدخل فى اختصاصها إذا رفع إليها ابتداء.(١) إذا كان حسن سير العدالة يقتضى نظرها معها، تلافيا لتضارب الأحكام القضائية.

ويشترط لاختصاص المحاكم المصرية بنظر الطلبات المرتبطة شرطان :

الأول: أن تكون المحاكم المصرية مختصة بالدعوى الاصلية وفقا للقواعد المنظمة للاختصاص القضائى الدولى على النحو السالف بيانه.

الثانى : أن يكون الطلب المرتبط على صلة جدية بالدعوى الأصلية، ويترجم هذه الصلة وحدة السبب او الموضوع فى الدعويين، أى يكون هناك ارتباطا بين الدعوى والطلب اللاحق اذا كانا كلاهما ينبعان من مصدر واحد أو يردان على موضوع واحد.(٢)

وللمحكمة وحدها تقدير مدى الارتباط بحسب ظروف كل حالة على حدة ووفقا لقانون القاضى المصرى الذى ينظر الدعوى الاصلية.

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ص ٣٢٧. والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق ص ١٤٨.
(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ١٥٠.

المطلب الثالث
الاجراءات الوقتية والتحفظية

تنص المادة ٣٤ من قانون المرافعات على أنه "تختص محاكم الجمهورية بالاجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

ويستخلص من هذا أنه "يتعين على القاضى المصرى اتخاذ الاجراءات الوقتية اللازمة والامر بالاجراءات التحفظية الواجب تنفيذها بالإقليم المصرى وذلك حتى ولو ثبت عدم اختصاصه بالدعوى الاصلية ذلك أن التراخى فى القيام بالاجراءات الوقتية أو التحفظية الى حين البت فى النزاع الأصلى المرفوع أمام محكمة دولة أجنبية قد يكون فيه اضرار بمصالح الخصوم وضياع لحقوقهم" . "لذلك لم يتردد المشرع فى تقرير اختصاص محاكم الجمهورية بالامر بتنفيذ الاجراءات الوقتية والتحفظية التى يراد تنفيذها فى الجمهورية حتى ولو لم تكن المحاكم المصرية تختص أصلا بنظر النزاع" ليتفق فى ذلك مع "مع ما جرى عليه العمل فى تشريعات مختلف الدول".(١)

وهو ما أكد عليه المشرع حين قرر اختصاص المحاكم المصرية بالنظر فى وتنفيذ الاجراءات الوقتية والتحفظية التى تعرض عليها رغم وجود شرط للتحكيم امام احدى هيئات التحكيم الخاص الدولى بمقتضى نص المادة /١٤ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٧ - ٣٢٨.

الباب الثانى

ضوابط اختيار وتطبيق القانون الواجب التطبيق

تمر العلاقات المشتملة على عنصر أجنبى، مثلها فى ذلك مثل العلاقات الوطنية البحتة بمراحل ثلاث : مرحلة التمتع بالحقوق وهى المرحلة التى تتحدد فيها قدرة الفرد على التمتع بحق معين داخل حدود الدولة ، ومرحلة ممارسة الحقوق، وهى المرحلة التى يتم فيها اكتساب الحق ونفاذه ، وأخيرا مرحلة حماية الحقوق ، أى المرحلة التى يتم فيها تحديد محاكم الدولة التى تختص بنظر الدعوى التى يرفعها أحد أطراف العلاقة اذا ما ثار نزاع بشأنها(١) ومدى امكانية تنفيذ الاحكام التى قد تصدر بشأن حق من هذه الحقوق من محكمة من المحاكم الأجنبية.

وتتصل العلاقة ذات الطابع الدولى بعدة دول عن طريق العناصر المكونة لها . فلو باع مصرى إلى المانى شقته الكائنة فى انجلترا بعقد تم فى مصر فإن العلاقة تكون حينئذ متصلة بكل من مصر والمانيا عن طريق أطرافها كما تكون متصلة ببريطانيا عن طريق محلها وبمصر عن طريق السبب المنشئ لها. وهذه الصلة تكفى لترشيح قانون كل من هذه الدول لحكم العلاقة . وبعبارة أخرى فإن قانون القاضى المطروح عليه النزاع لا يستطيع الانفراد بحكم موضوع العلاقة ، إذ قد تكون العلاقة أكثر ارتباطا باحد القوانين الأخرى المتصلة بها عن طريق كل عنصر من عناصرها . ولاشك أن استقرار المعاملات ذات الطابع الدولى واضطرادها لا يتحقق الا باختيار أنسب القوانين وأكثرها انسجاما

---

(١) الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض، أصول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٥، ص ٥١.

مع نوع العلاقة . ومن ثم فانه تتعين المفاضلة بين مختلف القوانين التى تتصل بالعلاقة للاهتداء الى القانون الأصلح لحكم العلاقة من خلال عملية يقوم بها المشرع أو توكل إلى القاضى عند وجود نقص فى التشريع. وقد استقر الفقهاء على تسمية هذه الظاهرة ، أى ظاهرة المفاضلة بين القوانين المتصلة بالعلاقة ذات الطابع الدولى بظاهرة تنازع القوانين Conflit de lois [١] أو عملية اختيار القانون واجب التطبيق[٢] أو "تنازع القوانين من حيث المكان" تمييزا لها عن "تنازع القوانين من حيث الزمان" الذى يشير إلى دراسة مشكلة تعاقب القوانين فى الدولة الواحدة.

ولا يتحقق تنازع القوانين إلا بتوافر الظواهر الآتية:

١ - إمكان تطبيق القاضى الوطنى لقانون غير قانونه :

لا تثار مشكلة بشأن البحث عن القانون الاقرب صلة بالعلاقة ، فى حالة ارتباطها بأكثر من نظام قانونى ، إلا إذا كان للقاضى أن يطبق ايا من هذه النظم القانونية. اذ لو لم يكن للقاضى تطبيق قانون من القوانين الاجنبية لكان واجبا عليه الاقتصار على تطبيق القانون الوطنى لدولته دون غيرها .

ومن ثم فلم تظهر فكرة تنازع القوانين إلا بعد وصول الفكر القانونى إلى درجة من التطور تسمح بقبول تطبيق قوانين أخرى غير قانون القاضى المطروح عليه النزاع .

ويرجع الأصل التاريخى لهذه المشكلة إلى الرغبة فى تحديد

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، أصول تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ٥٢.
(٢) انظر الدكتور احمد مسلم، القانون الدولى الخاص، ط ٢، ١٩٥٥، ص ١٢.

الدولة التى تختص محاكمها بنظر المنازعة المشتملة على عنصر أجنبى. وكان تعيين المحكمة المختصة يتضمن بصفة آلية تعيين القانون الذى يحكم العلاقة ، إذ أن محاكم كل دولة لم تكن تطبق سوى قانونها على كل ما يطرح عليها من منازعات . ولم يكن من المتصور قيام أى تنازع بين القوانين طالما كان التلازم متحققا بين المحكمة المختصة والقانون الذى يحكم النزاع ، أى طالما كان القاضى يقتصر على تطبيق قانونه على ما يطرح عليه من منازعات ذات طابع دولى .

غير أن ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية فى معزل عن بعضها البعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أدى الى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى ، وأصبح من الضرورى السماح أحيانا بتطبيق القاضى الوطنى لقانون غير قانون دولته إذ لو تشبثت كل دولة باخضاع جميع العلاقات التى تتصل بعض عناصرها بنظم قانونية أجنبية ، لقانونها الوطنى أسوة بالعلاقات الوطنية البحتة ، لأدى ذلك إلى إمكان عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بهذه العلاقات وإلى ارتباك المعاملات الدولية وشل الحياة الاقتصادية بل والحياة الاجتماعية فى المجتمع الدولى.[1] فلو أخضعنا مثلا زواج فرنسى وهولندية للقانون المصرى دون مراعاة للشروط الموضوعية التى يتطلبها القانون فى كل من الدولتين فان النظام القانونى الاجنبى الذى سيعيش الزوجان فى ظله لن يعترف بهذا الزواج.

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ص ٥٣، ٥٤.

٢ - وجود قواعد قانونية متباينة :

تقوم فكرة تنازع القوانين على افتراض تباين القواعد القانونية الموضوعية من دولة إلى أخرى[١]. أى عدم التطابق بين الأحكام الموضوعية للقوانين ذات القابلية لحكم العلاقة محل النزاع[٢]، إذ لو كانت القواعد القانونية متماثلة فى قوانين مختلف الدول المتصلة بالعلاقة لما كان هناك مجال لقيام ظاهرة تنازع القوانين. ذلك أن عدم التطابق هو الذى يشكل لب مشكلة التنازع، وجوهر مهمة قاعدة التنازع، ألا وهو الاختيار أو المفاضلة بين أصلح القوانين وأنسبها للنزاع المعروض[٣].

ورغم اشتراط وجود هذا التباين فإن البعض يذهب الى وجوب الا يصل هذا الاختلاف الى حد التعارض فى ذات الأسس التى تقوم عليها القوانين المختلفة ، وإلا تعذر على المشرع الوطنى السماح بتطبيق القانون الأجنبى ، وتعذر قيام ظاهرة تنازع القوانين. من ذلك مثلا أن محاكم الدول الأوربية ترفض تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لطلاق المسلمين أو بالنسبة لتعدد الزوجات[٤].

والحقيقة أننا نؤيد القول بأن "امتناع محاكم دولة عن تطبيق قانون دولة أخرى ، كما هو الحال فى المثال السابق لا يعنى عدم

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، ص ١٢٦.

(٣) انظر الدكتور فؤاد رياض، الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، ط ١٩٨٧، ص ٨٢؛ والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٤) انظر فى هذا الاتجاه الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، ص ٢٠، والدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين، ص ٥٥.

توافر الشروط اللازمة لقيام تنازع القوانين". ذلك أن "ظاهرة التنازع تتحقق بمجرد ارتباط العلاقة القانونية بالنظام القانونى لدولة غير دولة القاضى. فإذا تبين ان هذا النظام القانونى الاجنبى من الاختلاف بحيث لا يتسنى للقاضى الوطنى تطبيق أحكامه فليس معنى ذلك انتفاء ظاهرة تنازع القوانين بل إن معناه قيام مانع يمنع القاضى من تطبيق القانون الاجنبى بالرغم من أن صلته بالعلاقة محل النزاع كانت ترشحه لحكم هذه العلاقة".[١]

٣ ـ ظاهرة الحدود :

القاعدة العامة أن قوانين أى بلد هى وحدها التى يعمل بها داخل اقليم ذلك البلد وأنه لا سلطة لقانون بلد آخر داخل إقليم البلد الأول، كما أن من نتائج ذلك أنه ليس لقانون بلد ما أى سلطان خارج حدود ذلك البلد[٢]، ومن ثم يلزم لقيام ظاهرة تنازع القوانين صدور القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة عن سلطات تشريعية فى وحدات قانونية أو اقاليم مختلفة الحدود.

ذلك أن ظاهرة الحدود الاقليمية تعد ركنا أساسيا لقيام تنازع بين القوانين المختلفة ، اذ لو انتمت مختلف القوانين لنفس الوحدة القانونية لما وجد تنازع حقيقى[٣] بين نطاق تطبيق القوانين. فبجواز التنازع الدولى للقوانين يوجد تنازع بين القوانين الداخلية، ومن ذلك:

---

(١) أنظر رأى استاذنا الدكتور فؤاد رياض ، تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الاحكام الأجنبية، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ٦.

(٢) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولى الخاص، ط ١٩٢٤، ص ٦٧-٦٩.

(٣) الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٥٦.

- التنازع الشخصى بين القوانين فى الدولة الواحدة:

وهو ما يتحقق عندما توجد عدة قوانين ينطبق كل منها على طائفة معينة من الأشخاص، داخل الدولة الواحدة، بالنظر إلى ديانتهم، أو أصلهم وعرقهم[١] أو وظائفهم أو مهنهم. إذ لو أن القوانين المرشحة لحكم العلاقة صادرة عن نفس المشرع لتسرى داخل نطاق نفس الاقليم لكان الاختلاف بين نطاق تطبيق كل منها مسألة داخلية بحتة لتنظيم مجال تطبيق القوانين . مثال ذلك أن يصدر المشرع المصرى عدة قوانين لتنظيم عمل القضاء والمحاماة والشرطة او ان يصدر تشريع لتنظيم الاحوال الشخصية للمسلمين وآخر لغير المسلمين ، فأن التنازع الذى نراه فى هذه الاحوال لا يخرج عن كونه تنازع داخلى للقوانين بشأن طوائف معينة من الاشخاص تقيم فى ذات الاقليم ومن ثم يمكن أن يطلق عليه اسم التنازع الشخصى ، الذى يخرج بطبيعته من نطاق قانون العلاقات الخاصة الدولية[٢] لانعدام احدى المقومات الاساسية وهى ظاهرة الحدود .

- التنازع الإقليمى بين القوانين الصادرة لتسرى على أجزاء أو ولايات مختلفة داخل الدولة:

خلاف ما يذهب اليه الفقه الأمريكى من امكانية حدوث ظاهرة تنازع القوانين بالنسبة للقوانين التى تصدر عن السلطات التشريعية للولايات المختلفة فإن الرأى الغالب يميل الى قصر

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٢٢-١٢٣.
(٢) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الطبعة السادسة ، ص ٣٥ ومابعدها.

مجال تنازع القوانين على التنازع القائم بين قوانين تنتمى الى دول مختلفة .

وقد يرجع نفى قيام حالة تنازع القوانين هنا إلى ارتباط ظاهرة تنازع القوانين بمبدأ عدم التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى. ذلك أنه عندما يقوم القاضى باختيار أى من التشريعات الطائفية لحكم النزاع فان اختياره ينحصر فى نطاق مكانى واحد، وإن اختلفت الأحكام الموضوعية حسب الطائفة التى يثور بشأنها النزاع.

"وعلى العكس من ذلك فان التنازع بين قوانين صادرة من وحدات اقليمية مختلفة يقتضى مراعاة اعتبارات الملاءمة عند المفاضلة بين قوانين يختلف مجال تطبيق كل منها من حيث المكان، بمعنى أن كلا من هذه القوانين وضع أصلا ليسرى داخل حدود الوحدة القانونية التى صدر عن سلطاتها[١] وهو ما قد يؤدى الى تطبيق القاضى لقانون غير قانونه".

ولكن هل تتأثر ظاهرة تنازع القوانين باعتراف الدولة بغيرها من الدول أو الحكومات ؟

يرى البعض أن تطبيق القاضى الوطنى لقانون دولة أخرى "يتطلب بالضرورة اعتراف دولة القاضى بالدولة الأجنبية المرشح قانونها لحكم العلاقة. ذلك أن عدم الاعتراف بالدولة الأجنبية يؤدى إلى انكار كل وجود قانونى لهذه الدولة فى مواجهة الدولة غير

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٥٧، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٢٧.

المعترفة[١] وبالتالى فان القوانين الصادرة فى هذه الدولة لن يكون لها أى وجود فى مواجهة دولة القاضى التى لم تعترف دولته بهذه الدولة . ومن ثم لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين تشريع الدولة غير المعترف بها وبين تشريع دولة القاضى.[٢]

إلا أننا ، وخروجا على الفقه التقليدى نؤيد رأيا آخر يفصل بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات القانونية، ذلك أن عدم الاعتراف قد يحول دونه اعتبارات سياسية ويعتمد على الظروف والملاءمات الدبلوماسية، ومن ثم فإن عدم الاعتراف بالدولة لا ينزع عن قانونها مكنة الدخول فى تنازع القوانين الدولى لاسيما وأن:

الاعتراف ليس منشئا للشخصية القانونية للدولة وإنما هو عمل ذو أثر كاشف عن الشخصية القانونية للدولة فى المجتمع الدولى، وأن طبيعة دور القاضى فى مجال فض تنازع القوانين تجعل نطاق عمله قاصرا على إعمال قاعدة التنازع فى قانونه واختيار القانون الملائم والأصلح لحكم العلاقة الدولية محل النزاع بصرف النظر عن الاعتبارات السياسية التى منعت دولته من الاعتراف بالدولة التى صدر عنها القانون الذى أشارت بتطبيقه

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٥٨، والدكتور محمد كمال فهمى، اصول القانون الدولى الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٥، ص ٣٤٧ وهما يؤيدان الفقيه الفرنسى:

E. Bartin: Principes de droit international privé, ed. Domat-Mont- Chrestin, T.I., Paris, 1930, Parag. 32.

وكذلك انظر الدكتور عبد العزيز سرحان . مبادىء القانون الدولى ، دار النهضة العربية. ط ١٩٨٠ ص ٤٧٥ ومابعدها .

(٢) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، اصول تنازع القوانين ، ص ٥٢.

قاعدة الاسناد[١].

أما عن مشكلة الاعتراف بالحكومة فقد "ثارت هذه المشكلة أمام محاكم الكثير من الدول على أثر قيام حكومة روسيا السوفيتية فى أعقاب الثورة . فذهب قضاء بعض الدول منها فرنسا فى فترة الثلاثينات وبلجيكا الى رفض تطبيق القوانين التى أصدرتها حكومة الاتحاد السوفيتى التى لم يكن قد تم بعد الاعتراف بوجودها القانونى. واستقر قضاء البعض الآخر من الدول كألمانيا والنمسا – وفرنسا فى المنازعات التى عرضت حديثا[٢] - على أن عدم الاعتراف بحكومة الاتحاد السوفيتى لا يمنع من تطبيق القوانين التى تصدر منها ، تأسيسا على ان هذه القوانين هى المعمول بها فعلا داخل الدولة الروسية أما قضاء الولايات المتحدة الأمريكية فأحكامه متضاربة ، ولو أنها تميل فى غالبيتها الى السماح بتطبيق قانون الدولة الأجنبية بالرغم من عدم الاعتراف بحكومتها"[٣].

ويميل الفقهاء أصحاب الاتجاه التقليدى إلى "عدم امكان تطبيق القانون الصادر باسم الحكومة الأجنبية" إلا أننا نؤيد الاتجاه

---

(١) وهذا هو رأى الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١١٩- ١٢٠، وانظر أيضا فى هذا الأثر للاعتراف بالدولة:

J. Verhoeven: La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, Paris, Pedone 1975.

(٢) انظر حكم:

Cour de Cass. (1re Ch. Civ.). Stroganoff- Scherbatoff – C.Bensimon et autre, 3 mai 1973, Rev. Crit, 1975, P.426.

(٣) الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٥٩.

القائل بأن عدم الاعتراف بحكومة دولة أجنبية ليس من شأنه انكار كل وجود قانونى لها فى مواجهة الدولة غير المعترفة اذ لا يترتب على عدم الاعتراف بالحكومة الأجنبية سوى قطع العلاقات السياسية . أما الأعمال التى تقوم بها الحكومة غير المعترف بها داخل إقليمها فتعتبر من صميم اختصاصها الداخلى ويتعين نفاذها فى مواجهة الدول الأخرى مادامت قد صدرت من حكومة استقرت فى يدها السلطة الفعلية فى الاقليم . وعلى ذلك فيجب ألا يكون لعدم اعتراف دولة القاضى بالحكومة الأجنبية تأثير على امكان تطبيقه للقوانين الصادرة من هذه الحكومة طالما أن هذه القوانين هى السارية فعلا فى الدولة الأجنبية"(١)، والقول بغير ذلك من شأنه تطبيق القاضى لقانون لا وجود له فى الدولة التى صدر فيها.(٢)

وسوف نعرض فى هذا الباب لدراسة النظرية العامة للاسلوب الفنى لفض تنازع القوانين، بما يتضمنه ذلك من بحث فى قاعدة الاسناد ذاتها وبحث فى مضمون القانون الواجب التطبيق وبعض التطبيقات العملية.

---

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص (تنازع القوانين) ص ٢٢ و ٢٣، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٢) وهذا الحل الذى أخذت به فعلا محكمة الاستئناف المختلطة المصرية فى حكمها الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٣١ (مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٣ ص ٢٨٣) حيث قضت بأن القانون الروسى القديم هو الواجب التطبيق فى قسمة تركة روسى توفى فى مصر تأسيسا على عدم اعتراف مصر بحكومة روسيا السوفيتية.

الفصل الأول

القواعد العامة لحل مشكلة تنازع القوانين

يهتم علم تنازع القوانين بدراسة القواعد القانونية التى تنظم ممارسة الحقوق فى العلاقات الخاصة الدولية، ورغم الحداثة النسبية لهذا العلم إلا أن ظاهرة التنازع ليست بالظاهرة الحديثة، فقد وجدت ظاهرة التنازع مع اتصال الشعوب وارتباط افرادها بعلاقات تفترضها الطبيعة الانسانية، اذ لم يقف الرومان فى الامبراطورية الرومانية ولا المسلمون فى عصور الخلافة الاسلامية عند حد المعاملات المحلية مع مواطنيهم . وإنما تجاوزت معاملاتهم حدود دولهم فأقاموا مبادلات مع شعوب اخرى من اقاليم او ديانات مختلفة ، فنشأ عن ذلك علاقات جديدة ذات عنصر أجنبى، وهى نواة كل تنازع .

الا أن هذا التنازع وإن عرفته نظم القانون الرومانى والشريعة الاسلامية كظاهرة إلا أنه لم يظهر كنظرية لها مقوماتها. فالحلول التى كانت تعطى للمنازعات التى تنشأ عن تلك العلاقات ذات الطابع الاجنبى كانت حلولا موضوعية مستمدة من قانون موضوع مسبقاً للتطبيق على هذه الحالات ، دون النظر إلى قواعد خاصة لحل هذا التنازع .

فالرومان عرفوا نوعين من القوانين والقضاء ؛ يختص كل منها بفرع محدد من العلاقات :

فالقانون المدنى الرومانى يختص بحكم علاقات الرومان بعضهم ببعض ويختص بتطبيقه القضاء الرومانى العادى أما

علاقات الرومان بالاجانب أى العلاقات المختلطة ، فكان ينظمها قانون آخر هو قانون الشعوب المستمد من مبادىء العدالة والمبادئ المهيمنة على مختلف النظم القانونية دون التقيد بالشكليات التى تميز بها القانون الرومانى . وكان يختص بتطبيقه قضاء الاجانب المسمى Praetor peregrinis . ومن ثم يظهر واضحاً التلازم التام بين المحكمة والقانون.

فقضاء الرومان يطبق القانون المدنى ، وقضاء الاجانب يطبق قانون الشعوب، مما ينفى كل وجود لنظرية التنازع بانتفاء عملية الاختيار والمفاضلة بين اكثر من نظام قانونى .

ورغبة فى تشجيع التجارة وتنمية العلاقات بين أفراد المدن الايطالية المختلفة أثيرت مشكلة تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى بين رجال الفقه والقضاء فى القرن الثالث عشر حيث ظهر اتجاه عرف بعد ذلك "بالنظرية الايطالية القديمة" أو "مدرسة المحشين" Ecole des Glossateurs اشارة إلى الحواشى الكثيرة التى أضافوها إلى نصوص القانون الرومانى القديم[(١)] التى اتجه اصحابها إلى تجاهل مبدأ إقليمية القوانين واتبعوا طريقة اعطاء حلول لكل مسألة على حدة دون وضع نظام كامل. ومن ثم فلم يتقيدوا مقدما بمبدأ موضوع، بل تأثروا بظروف كل حالة من حالات التنازع.

من أهم الأمثلة على ذلك اعتبار أن القانون الواجب التطبيق

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٩٧، ولمزيد من التفصيلات عن هذا الجانب التاريخى انظر:

A. Lainé : introduction au droit international Privé, Paris, T.I, 1888, P. 112-114.

على العقد هو قانون المكان الذى تم فيه ابرام العقد دون الاعتداد بقانون القاضى المطروح عليه النزاع نظرا لسهولة تعرف جميع أطراف العلاقة على أحكام قانون مكان العقد من الناحية العملية . ومن أمثلة ذلك أيضا اخضاع المسائل المتعلقة بحالة الأفراد وأهليتهم لقانون المدينة المتوطنين بها دون الاعتداد بقانون القاضى أو بقانون المدينة التى انتقلوا اليها. ذلك أن تغير القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية وهى لصيقة بالفرد ووثيقة الصلة بحياته، وفقا للمكان الذى ينتقل اليه الفرد أو المكان الذى تثور أمامه المنازعة من شأنه المساس بحياة الفرد مما قد يؤدى به الى الامتناع عن الانتقال خارج موطنه وهذا من شأنه الاضرار بالتعامل بين الأفراد التابعين لمختلف المدن(١).

وقد أعقب هذه المدرسة مدرسة أخرى أطلق عليها خلفاء المحشين Post-glossaturs توسعوا فى وضع التفريعات وتأصيل عملهم على نحو علمى أكثر من سابقيهم وكان من أهم فقهاء هذه المدرسة الفقيه بارتول Bartole الذى اهتم ببحث مسألتين مهمتين تمثلان لب تنازع القوانين. هما:

قابلية الأحوال (القوانين) المحلية للتطبيق على علاقات الأجانب، وقابلية الأحوال (القوانين) المحلية للتطبيق على علاقات المواطنين أو الرعايا أثناء تواجدهم فى الخارج(٢).

وكان لأفكاره تأثير كبير حيث استقر منذ ذلك الحين وجوب

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٦٥.
(٢) انظر فى تفصيلات ذلك :
Pillet: principes de droit international privé, Paris, ed. 1903.
والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٩٦ - ٢٠٠.

حل المنازعات ذات الطابع الدولى عن طريق اختيار قانون معين من بين القوانين المتصلة بالمنازعات تستمد منه الأحكام الموضوعية التى ستحسم النزاع دون نظر الى كون هذا القانون هو قانون القاضى المطروح عليه النزاع أم قانون دولة أجنبية.

وقد تطورت هذه الأفكار على يد الفقيه الفرنسى Ch.Dumoulin الذى كان أول من أدخل عنصر الإرادة لمعرفة القانون الذى يحكم العقد(١).

إلا أن هذا المنهج لم يستمر طويلا إذ ظهرت بعد ذلك مدارس أخرى اتبعت مناهج مختلفة لتحديد مدى السماح للقاضى الوطنى بتطبيق قانون غير قانونه:

أولا: وضع مبدأ عام مسبق تخضع له العلاقة :

ويتلخص هذا الأسلوب فى وضع مبدأ عام محدد مسبقاً لتخضع له العلاقات القانونية ذات الطابع الدولى .

وقد يستمد هذا المبدأ من أشخاص العلاقة أو مكان نشأته فيسمى المبدأ بمبدأ اقليمية القوانين أو مبدأ شخصية القوانين حسب مصدره . وسوف نعرض لكل من هذين المبدأين لنرى مدى الاختلاف فى مجال تطبيق القانون الأجنبى على العلاقة باختلاف المبدأ المتبع .

١ - مبدأ اقليمية القوانين : (فقه دار جنترية)

ظهر فى فرنسا الفقيه دارجنتريه D'Argentre ذو النزعة

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٠٥، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٠٣-٢٠٤، هامش ٦٣.

الإقطاعية لينادى باختيار القانون على اساس فكرة الاقليمية. ونقطة البداية عنده هى أن الأحوال (القوانين) لا تمتد فى الأصل خارج الإقليم لأن واضعها نفسه لا يتمتع بالسيادة خارج إقليمه[١]. وقد قسم هذا الفقيه النظم القانونية بالنظر إلى طبيعتها إلى قسمين رئيسيين : نظم عينية ، وهى الأساس والقاعدة الغالبة ، ونظم شخصية وهى محدودة التطبيق .

النظم العينية هى التى يكون موضوعها عينيا يتصل بالاشياء والنظم الشخصية ، وهى التى يكون موضوعها ذاتيا ، مختصا بذات الشخص او حالته .

وقد قسم دارجنتريه فكرة الاقليمية الى اقليمية مطلقة واقليمية نسبية، حيث تقضى الاولى بتطبيق القاضى الذى يعرض عليه النزاع لقانونه المحلى ايا كان موضوع النزاع أو أطرافه أو مكان إنشائه. ولاشك فى أن هذه الصورة من الاقليمية لا تسمح بأى مجال لظهور فكرة تنازع القوانين . هذا بينما تقضى الاقليمية النسبية بأن الاصل هو الاختصاص الاقليمى الا أن هناك مجال وإن كان ضيقا للسماح بتطبيق قانون غير قانون القاضى الذى ينظر النزاع .

وواضح أن الاقليمية النسبية أكثر مرونة من الاقليمية المطلقة ، وأنه فى ظل الاقليمية النسبية يمكن أن تظهر ظاهرة تنازع القوانين بمفهومها الفنى .

وخلاصة ذلك أن دراجنتريه ذهب إلى أن الاصل هو اقليمية

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٠٨.

القوانين الا أنها اقليمية نسبية تسمح وفى نطاق ضيق بالآخذ بنظام شخصية القوانين ، بحيث يمكن تطبيق قانون أجنبى فى اقليم القاضى الوطنى. ولا زال لهذه النظرية بعض الآثار التطبيقية فى بعض الدول مثل هولندا وبريطانيا(١).

٢ - مبدأ شخصية القوانين : (فقه مانشينى) النظرية:

وينطلق هذا الفقيه صاحب النظرية الايطالية الحديثة أو نظرية شخصية القوانين من مبدأ أساسى هو إخضاع الأشخاص إلى قانون جنسيتهم(٢). ويستند فى ذلك إلى أن المشرع لا يصدر القوانين بالنظر إلى الاقليم وانما بالنظر الى الاشخاص المكونين للدولة مراعيا ظروفهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وإلى أن سيادة الدولة الشخصية على رعاياها ولو وجدوا فى الخارج أوسع نطاقا من سيادتها على إقليمها ومؤدى ذلك ضرورة امتداد قوانينها لتحكم أفراد شعبها أينما كانوا، ومن ثم يكون من الاولى أن يطبق على كل شخص قانون الدولة التى ينتمى اليها فى أى مكان يتواجد فيه ولو خارج حدود دولته . فالقوانين لم توجد الا لمصلحة الانسان ولتنظيم علاقته بغيره من بنى جنسه . ومن حق الانسان ان يطالب باحترام قوانينه الوطنية الخاصة لا بناء على فكرة المجاملة ولا على فكرة تحقيق العدالة. وإنما باعتبار ذلك الوضع الطبيعى للأشياء.

وقد لاقت هذه النظرية انتشارا واسعا فى دول القارة الأوربية وكذلك فى الدول العربية .

---

(١) انظر:
J. Valéry: Manuel de droit international privé, Paris, 1914, P. 27.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٤٠.

ومن أهم آثارها فى الوقت الحالى تطبيق قانون الجنسية فى بعض المسائل القانونية بدلا من قانون الموطن على ما سوف نراه تفصيلا فيما بعد[١].

والملاحظ أن فقه مانشينى ، وإن اختلف فى أساس نظرته عن فقه دارجنتريه إلا انهما يلتقيان "فى الطريقة المتبعة لاختيار القانون الذى يحكم العلاقة. فكلاهما يصدر عن فكرة مسبقة يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق".

ثانيا : تحليل العلاقة القانونية لمعرفة أكثر القوانين اتصالا بها :

ظهر هذا الاسلوب فى المدرسة الايطالية القديمة واتبعه الفقيه الالمانى سافينى Savigny الذى "رأى مبدئيا وجوب اجتناب وضع قواعد عامة يكون الغرض التقيد بها مقدماً وتطبيقها بوجه عام ومطلق ولذلك فهو يرى أنه كلما عرضت على القاضى قضية حصل التنازع فيها بين قوانين مدنية فيكون من واجبه أولا أن يحلل طبيعة العمل القانونى الذى تسبب عنه النزاع تحليلا دقيقا . ومتى تحددت هذه الطبيعة فيجب عليه ثانيا أن يبحث فيما هو القانون الذى يكون أكثر موافقة أو ملاءمة للموضوع، أو بتعبير آخر يبحث لكل صلة من الصلات القانونية أى لكل نقطة من النقط المتعددة فى القضية ، عن القانون الذى يناسب طبيعتها أو القانون الذى تخضع اليه تلك النقطة ، أو بمعنى آخر عليه أن يكتشف لكل علاقة قانونية القانون الذى ترتكز عليه أو الذى يحكمها بحسب طبيعتها الخاصة .

فمتى انكشف له ذلك القانون فإنه يطبقه على العلاقة

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٦٧.

المذكورة ولو كان ذلك القانون من صنع مشرع أجنبى ، وذلك لانه يرى أن الدول تعيش فى هذه الايام فى اتصال مستمر كأنها مجتمع واحد تسود فيه التجارة والصلات القانونية الأخرى وأن النتيجة الطبيعية لهذه الحالة ليس التنابذ بالسيادة الاقليمية وانما هو الاقرار الودى - المبنى على المقتضيات الطبيعية والبعيد عن فكرة التحكم - للنظم القانونية السائدة فى البلاد الأخرى فيما يتعلق بالصلات القانونية التى تكون بطبيعتها ملحقة أو متصلة بهذه النظم". (١)

وقد استبعد سافينى فكرة المجاملة كأساس لتطبيق القوانين الأجنبية واعتبر أن مقتضيات العدالة وحدها هى التى توجب تطبيق هذه التشريعات، معتمدا فى ذلك على أن هناك اشتراكا قانونيا بين كل الشعوب اللاتينية يقتضى وحدة مفهوم فكرة العدالة عند الدول التى كانت تطبق القانون الرومانى. وواضح أن الطريقة التى اتبعها "سافينى" جاءت مخالفة لكل طرائق السابقين له، إذ بينما سار سابقيه على طريقة مؤداها بحث القانون نفسه لمعرفة ما اذا كان ينطبق فقط داخل الإقليم على كل الموجودين فيه، أو يتبع بعض الأشخاص فى الخارج، أى تحديد نطاق تطبيق القانون على العلاقات ذات العنصر الأجنبى، فقد قلب سافينى وضع الأمور وسار على طريقة مؤداها البحث أولا عن طبيعة العلاقة القانونية لمعرفة إلى أى قانون من القوانين المتزاحمة تخضع هذه العلاقة، وبعبارة أخرى فقد أقام نظريته على أساس من محاولة معرفة كيفية إسناد العلاقات القانونية إلى القواعد القانونية التى يجب أن

---

(١) الدكتور عبد الحميد ابو هيف، المرجع السابق، ص ٢٤٠- ٢٤١، والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٣٤ ومابعدها، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٢٢ ومابعدها.

تحكمها بحيث تسند إلى القانون الأكثر موافقة لطبيعتها[١].

ويتبين من هذا العرض أن الأسلوب الأخير أقدر على الوصول الى حلول عادلة لتنازع القوانين نظرا لقيامه على معايير منضبطة تكفل ربط كل علاقة بالنظام القانونى الذى يتبين أنها أكثر اتصالا به. وقد جرت التشريعات الحديثة على اتباع هذا الأسلوب الأخير بصفة عامة فى تحديدها لقواعد الاسناد كما سنرى عند دراستنا لقواعد الاسناد الوضعية.

وقد ظهر فى الآونة الأخيرة اتجاه واضح فى المجتمع الدولى نحو منع قيام ظاهرة التنازع من أساسها بالنسبة لبعض أنواع العلاقات ذات الطابع الدولى وذلك فى مجال المعاملات الدولية التى تمس كيان المجتمع الدولى من الناحية الاقتصادية .

فقد لجأت الكثير من الدول حديثا الى عقد اتفاقات دولية تتضمن قواعد موضوعية مشتركة تحكم فئات معينة من العلاقات ذات الطابع الدولى وتكون هذه القواعد ملزمة للقضاء الداخلى فى هذه الدول . ومن أهم الأمثلة على ذلك الاتفاقات الدولية فى مجال النقل الدولى وكذلك اتفاقية لاهاى الحديثة فى أغسطس ١٩٦١ بشأن وضع قانون موحد لعقد البيع الدولى للمنقولات المادية ، والاتفاقية المبرمة بين دول شرق أوروبا فى يناير عام ١٩٥٨ والمعروفة باسم "الشروط العامة لتسليم السلع التجارية". واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولى[٢].

---

(١) انظر: Valery: op. cit., P. 360.
والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٣٦.
(٢) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٧٠.

تنازع القوانين فى فقه الشريعة الإسلامية:

عرفت الشريعة الإسلامية نوعين من القواعد القانونية :

القواعد الشرعية التى تطبق فى إقليم الدولة على المسلمين وغير المسلمين إلا فيما يمس العقيدة .

والقواعد الموضوعية التى نظمت العلاقات ذات العنصر الاجنبى، وهى أحكام خاصة لا يعمل بها نتيجة لإسناد العلاقة إلى شرائع الدول غير الاسلامية ، وإنما نتيجة لاقتباس احكام هذه الشرائع فى حدود واسعة من التسامح .(١)

وهو نفس المنهج الذى اتبعه المشرع الرومانى عندما وضع قانون الشعوب ، وإن اختلفا فى الاساس والطبيعة :

فأساس التقسيم الذى اعتمده القانون الرومانى كان متخذا من المفهوم السياسى الرومانى الذى مؤداه أن كل ما هو خارج السيادة الرومانية لا يمكن أن يشكل مجموعة سياسية أو وجوداً قانونيا معترفا به. اما التقسيم الذى اعتمده فقهاء الشريعة الاسلامية فيستند إلى مفهوم دينى للدولة: فكل ما هو خارج الاقليم الذى يسوده المسلمين يعتبر خارج عن الدولة الاسلامية ، ولا يمكن القبول بتطبيق القوانين الوضعية السائدة فى هذه الاقاليم فى الاقليم الذى يحكمه المسلمون.

وعلى خلاف نظرة الرومان إلى غيرهم ، نظر المسلمون إلى الاقاليم التى يحكمها غيرهم على أنها كيانات سياسية معترف

---

(١) انظر المؤلف القيم لأستاذنا الدكتور احمد عبد الكريم ، مبادئ القانون الدولى الخاص المقارن بالشريعة الاسلامية . دار النهضة ١٩٨٧ .

بها ولها قوانينها الخاصة ، إلا أن النزاع الكامن بين هذه الكيانات والدولـة الاسـلامية ، وإن لـم يكـن يظهـر فعليـا ، الا فـى فتـرات متباعدة ، كـان يمنـع كـل تـصور لتنـازع القـوانين أو مفاضـلة بـين قوانين هذه الاقاليم والشريعة الاسلامية .

اما عن الاختلاف فى الطبيعة : فقد كان القانون الرومانى قـانون شخـصى يميز بـين الاشـخاص فـى التطبيـق . أمـا الـشريعة الاسلامية فلم تكن تقيم تمييزا علـى الاسـاس الشخـصى ، بـل علـى الأسـاس الإقليمـى. فلـم تكـن تقبـل تطبيـق قـواعد قـانون اخـر الا فـى الحدود التى تسمح هى بتطبيقها ، كالسماح لغير المسلمين بتطبيق شـرائعهم المليـة وعـاداتهم الشخـصية والخاصـة بطـوائفهم داخـل الاقليم الذى يسوده الاسلام من خلال النظام القضائى القائم .

وقد انقسم الفقهاء فى الإجابة على ما إذا كان يمكن تصور وجـود تنــازع بـين القـوانين الأجنبيــة والـشريعة الإســلامية إلــى اتجاهين:

الاتجاه الأول: عدم وجود تنـازع بين القوانين الأجنبيـة والـشريعة الإسلامية:

إذ قـسم الفقهـاء المـسلمين العـالم إلـى داريـن أو دولتـين دار الإسلام (الدولة الإسلامية) ودار الحرب (الدولة او الدول الأجنبيـة) بـصرف النظـر عـن وجـود حـرب أو سـلام بينهمـا. وكـان علـى القاضـى فـى الدولـة الإسـلامية أن يطبـق الـشريعة الإسـلامية علـى جميع المقيمين فيها تطبيقاً إقليمياً فى كل نـزاع يرفـع إليـه[1] إعمـالا

---

(١) انظر الدكتور محمد عبد المنعم رياض، المرجع السابق ، ص ٢٨٨ ومابعدها ، والدكتور على الزينى ، المرجع السابق، ص ١٧٨-١٨٢ ، والدكتور حامد زكى،

لتفسير قول الحق سبحانه "وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ...... وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم"[١]. حيث يتبين من صريح العبارة فى الآيتين ومن سياقهما مع ما قبلهما من الآيات ومن أسباب نزولها أن المراد بالحكم "بما أنزل الله" هو الحكم بأحكام الشريعة الإسلامية دون سواها[٢].

فليس معنى ذلك أنه كان يطبق أحكاما واحدة فى جميع المنازعات سواء أكانت إسلامية خالصة أم كانت ذات عنصر أجنبى، وإنما معناه أنه لم يكن يرجع مطلقاً إلى نظام قانونى أجنبى ليستمد منه مباشرة الحكم القانونى، بل كان يرجع فى ذلك إلى أحكام فى الفقه الإسلامى خاصة بحكم هذه العلاقات حكما مباشراً، ولئن كان بعض هذه الأحكام مستمداً أصلا من النظم القانونية غير الإسلامية أو متأثراً بها فى الحدود التى تقرها الشريعة الإسلامية، إلا أنها أحكام مندمجة فى الفقه الإسلامى ، تعتبر جزءاً منه ، وهى أحكام موضوعية محددة، تحكم مباشرة العلاقات القانونية ، ولا تتأثر بصفة آلية بما قد يطرأ على أصلها التاريخى من تغيير[٣].

المرجع السابق ، ص ١٦٩- ١٧٢ ، والدكتور احمد مسلم، المرجع السابق ص ٤٤-٤٥ وهامش ١ ص ٤٤.

(١) سورة المائدة الأيتان ٤٨ ـ ٤٩ ، انظر فى تفسير هاتين الأيتين تفسير المنار للإمام محمد عبده ، الجزء السادس ، ص ٤١٠ ، وتفسير مفاتيح الغيب للإمام فخر الدين الرازى ، الجزء الثالث ص ٤٠٩ ، وتفسير الطبرى ، الجزء الخامس والسادس ،ص ١٧١ ومابعدها.

(٢) انظر تفسير المنار للإمام محمد عبده، ص ٤١٤- ٤١٥.

(٣) انظر الدكتور احمد مسلم ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٥٧.

ومن ثم يمكن القول – بلغة قانون العلاقات الخاصة الدولية – بأن قانون العلاقات ذات العنصر الأجنبى – على النحو الذى عرفته الشريعة الإسلامية – كان موضوعياً لا اسناديا. بمعنى أنه استخدم أسلوب القواعد الموضوعية المادية لا أسلوب قواعد الإسناد.

وعلى ذلك يجب على القاضى المسلم أن يجرى حكم الشرع فى كل دعوى رفعت إليه وكان من الواجب عليه أن يحكم فيها أو قبل ذلك، بصرف النظر عن ديانة الخصوم أو جنسيتهم. أى سواء أكانوا مسلمين أم ذميين أم حربيين مستأمنين وبصرف النظر عن موضوع الدعوى أى سواء أكان بيعا أو نكاحاً أم غيرهما من حقوق الله أو حقوق العباد(١).

ويستخلص أصحاب هذا الاتجاه أن الشريعة الإسلامية قد أخذت من هذه الناحية بمبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه مما يحول دون ظهور قواعد الإسناد لأن القاضى الوطنى لا يطبق قانوناً غير قانونه.

ولا يغير من هذا أن الشريعة الإسلامية قد أخذت بمبدأ شخصية القوانين حين أباحت لغير المسلمين فيما بينهم

---

(١) الدكتور على الزينى، المرجع السابق ، ص ١٧٩ ، وهذا هو مذهب كل من المالكية والشافعية والأحناف . مع خلاف فى بعض المسائل ، انظر الشيخ محمد بخيت ، إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة، ص ٢٠- ٢١ . وهذا الحكم قاصر على غير المسلمين الموجودين فى دار الإسلام أما الموجودون خارجها . فلا ولاية عليهم فضلا عن عدم إمكان تنفيذ أحكام الإسلام فى غير دار الإسلام . انظر الدكتور على الزينى ، المرجع السابق ص ١٨١، ، انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق ، ص ١٧٠، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٩، ص ٤٧، والدكتور على الزينى، المرجع السابق ، ص ١٨٣.

أن يحتكموا إلى حكم من ملتهم فيما يتعلق بمسائل المعتقدات والعبادات وبعض المعاملات، إذ أن ذلك لا يعدو أن يكون تنازعاً داخلياً للقوانين. كما لا يؤثر على ذلك قول بعض الفقهاء(١) بوجوب امتداد حكم الشريعة الإسلامية إلى المسلمين الذين يذهبون إلى دار الحرب تطبيقا للمبدأ السابق. فالوسيلة الفنية التى اتبعها الفقه الإسلامى لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبى تختلف عن الوسيلة الفنية التى يتبعها التشريع والفقه الحديث والتى يطلق عليها تنازع القوانين: فبينما يحكم التشريع والفقه الحديث هذه العلاقات بقواعد ذات صياغة اسنادية، تقتضى الرجوع مباشرة إلى قوانين أجنبية ومسايرة هذه القوانين، يحكمها الفقه الإسلامى بقواعد ذات صياغة موضوعية ، وإن كانت مستمدة أو متأثرة بالقوانين الأجنبية(٢).

الاتجاه الثانى: احتمال وجود التنازع بين القوانين الأجنبية والشريعة الإسلامية:

لم يلق الاتجاه السابق استحسان جانب من الفقهاء حيث يتبين من استعراض وجهة نظر الإمام أبى حنيفة ، أنه إذا ترافع إلى القاضى المسلم مدع غير مسلم فإنه يختص بنظر الدعوى إلا أنه لا

(١) أبو يوسف ، انظر لمجموعة من الفقهاء المؤلف المشهور بالفتاوى الهندية ، الجزء الثالث ص ٢٥٣، انظر مؤلفنا فى الضوابط الشخصية للاختصاص القضائى ، دار النهضة العربية ، ط ٢٠٠٠ .

(٢) الدكتور أحمد مسلم، القانون الدولى الخاص، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٨. وانظر أيضا الدكتور عنايت عبد الحميد، أساليب فض تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، بند ٣٤، ص ٤٦.

يطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، بل يطبق أحكام ديانة الطرفين[١]. وهو ما يستفاد منه وجود قواعد للإسناد تسمح باستبعاد قانون القاضى – الشريعة الإسلامية – وتطبيق قانون آخر ، لأن تحقيق العدالة على وجه كامل يستلزم ذلك.

كما يستند هذا الاتجاه إلى قولهم بأن للقاضى فى الدولة الإسلامية تطبيق قوانين أخرى غير الشريعة الإسلامية لأن تحقيق العدالة على وجه كامل يستلزم ذلك[٢]. وإزاء ذلك يمكن تصور حدوث تعارض بين القانون أو التشريع الأجنبى والأحكام الكلية التى تتضمنها الشريعة الإسلامية مما يستوجب إعمال الدفع بالنظام العام.

ويساند ذلك أن بعض الفقهاء قد عارض تفسير آيات سورة المائدة على النحو الذى يمنع القاضى من تطبيق أى قانون أجنبى ويرى هؤلاء أنه يمكن تفسير المراد "بالحكم بما أنزل الله" بأنه الحكم بالعدل وأن من العدل أن يحكم بين غير المسلمين وعلى وجه الخصوص الأجانب بما ألفوه من الأحكام أو العادات أو القوانين لاسيما إذا كان من وراء الحكم بتلك القوانين ضمان لبقاء الحقوق المكتسبة بحسبها ووصولها إلى أربابها .

وسندهم فى هذا أن الآيات فى القرآن كثيرة بخصوص

---

(١) فعند الإمام كل زواج فسد بين المسلمين لفقد شرطه أو لحرمة محله ، وكان صحيحا عند غير المسلمين اعتبر كذلك . ويخالفه فى ذلك الصاحبان ، ولكنهما يتفقان معه فى النكاح بغير شهود. انظر السياسة الشرعية للشيخ عبد الوهاب خلاف، طبعة ١٩٧٧، ص ٩٣، وفى عرض المسألة الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٧٠ – ١٧١.

(٢) انظر ما عرضناه سلفا ص ١٣٦ ومابعدها.

الحكم بالعدل . ومنها قول الحق سبحانه "أن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل" و"أحكم بينهم بالقسط" "واقسطوا إن الله يحب المقسطين""ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى". والحكم بالعدل إيصال الحق إلى صاحبه من أقرب الطرق إليه.

ومن ثم أثاروا التساؤل : أليس الحكم بين أجنبيين بالقانون الذى تقرر الحق بينهما بناء عليه أقرب طريق إلى إيصال الحق إلى صاحبه؟ وأليس فى الحكم بينهما بحكم الشريعة الإسلامية وهما لم ينظرا إليها وقت إنشاء الحق ولم يعتمدا فى ايجاده عليها احتمال تضييعه؟

كما استند هذا الاتجاه إلى الفتوى بشأن أمر الحكم بالقوانين الانكليزية فى الهند ، حيث انتهى الرأى إلى أنه وإن كان غير جائز شرعاً إلا أن هناك رخصة فى تطبيقه بشرط ألا يكون ضاراً بالمسلمين(١). وفى ذلك ما يسمح بتأويل الآية على النحو المشار إليه بعاليه(٢).

---

(١) انظر تفسير المنار ، المرجع السابق، ص ٤٠٣ – ٤٠٦.

(٢) انظر الدكتور على الزينى، المرجع السابق، ص ١٨٧، وفى تأييد وجهة نظره الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق ، ص ٥١- ٥٢.

الفصل الثانى

تطبيق قاعدة الاسناد

قد يُخضع المشرع العلاقات ذات العنصر الأجنبى لمجموعة من القواعد الموضوعية التى يلتزم القاضى الوطنى بتطبيقها ، إلا أن ذلك لا يتم إلا على سبيل الإستثناء من القاعدة التى صار المشرع يأخذ بها فى الدول الحديثة ، والتى مؤداها وجوب تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة من خلال تطبيق قواعد قانونية ذات طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد القانونية الوطنية يطلق عليها قواعد الاسناد(١).

وقبل أن يصل القاضى إلى تحديد القانون الواجب التطبيق ، يلزم أن يتعرف على قاعدة الاسناد المناسبة للنزاع المعروض أمامه. ذلك أن قواعد الاسناد لم توضع لحكم كل علاقة على حدة، وإنما وضعت كل قاعدة لحكم طوائف معينة من العلاقات ، الأمر الذى يلزم معه وصف العلاقة المعروضة على القاضى وفقا لقواعد التكييف أو الوصف القانونى فى قانون معين حتى يتسنى ادراجها ضمن الطائفة التى خصها المشرع بقاعدة اسناد .

وتلك هى المسائل التى سنعرض لها على التفصيل الآتى :

---

(١) تسمى قواعد القانون الدولى الخاص الموجودة فى أى تشريع، قواعد الربط أو الإسناد regles de rattachement لأنها تربط واقعة معينة أو عملا قانونيا ما بقانون مخصوص فتجعلها خاضعة إليه وكان أول من استخدم هذا المصطلح هو القاضى بيير أرمانجون انظر مقاله:

Arminjon: Le domaine du droit international privé. Clunet, no 49, 1922, P. 905.

وانظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٥٨.

المبحث الأول : قاعدة الاسناد .

المبحث الثانى : تطبيق القاضى لقاعدة الاسناد .

المبحث الأول

قاعـــدة الاســـاد

المطلب الأول

الخصائص المميزة لقاعدة الاسناد

يفتقد المجتمع الدولى وجود السلطة العالمية التى يمكن ان تعمل على توزيع تنظيم المسائل المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة ، أو تعمل على وضع قواعد موحدة تسرى داخل تلك النظم . وبالتالى لم يكن غريبا ان تقتسم مجموع الدول تلك السلطة ، فتستأثر كل دولة بالتشريع ووضع القواعد التى تكفل التنظيم السليم ، سواء أكان ذلك بالنسبة للمنازعات الوطنية البحتة أم بالنسبة للعلاقات ذات الطابع الدولى . ويغلب أن يستخدم المشرع الوطنى فى كل دولة مجموعة من القواعد القانونية الوضعية، يطلق عليها اسم قواعد الاسناد، لحل مشكلة تزاحم القوانين بالنسبة للعلاقات ذات الطابع الأجنبى .

وقاعدة الاسناد باعتبارها قاعدة قانونية توصف بكل ما توصف به القاعدة القانونية من حيث:

- التجريد والحياد حيث تؤدى وظيفتها فى الاختيار بين القوانين بطريقة مجردة بالنظر إلى أن كل القوانين تتساوى أمام مشرع قاعدة الاسناد الذى لا يشغله سوى الوصول للقانون الأقرب

صلة بالعلاقة. ومن ثم يضع قاعدة محايدة أو موضوعية تبحث عن الرابطة الجدية بين العلاقة والقانون دون مصلحة خاصة للدولة أو لأحد أطراف العلاقة التى تعرض للفصل فيها.

- ومن حيث أنها قاعدة ملزمة، على الرأى الراجح(١) ووفقا للاتجاه الحديث فى التشريع(٢).

كما أنها تتميز بثلاث خصائص خاصة تضفى عليها طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد القانونية الوطنية هى :

١ - قاعدة الاسناد قاعدة إرشادية غير مباشرة :

قاعدة الاسناد هى قاعدة لاختيار القانون الأقرب صلة. ومقتضى الصفة غير المباشرة لقاعدة الاسناد ، أنها لا تعطى بذاتها ولمجرد الرجوع اليها وتطبيقها حلا موضوعيا للنزاع. فهى ترشد فقط إلى القانون الذى يعطى الحل النهائى والموضوعى للمسألة المثارة حول العلاقة ذات الطابع الدولى . والتحليل القانونى السليم

---

(١) يذهب قضاء النقض فى فرنسا إلى أن تطبيق قاعدة الإسناد ليس مما يتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ولو بإثبات اختلاف القانون الأجنبى الواجب التطبيق عن القانون الفرنسى أنظر :

Cass. (Ch. Civ., 1re sect.). Bisbal, 12 mai 1959, Rev. Crit. 1960, 62 note Batiffol.

Cass 12 mai 1959, Compagnie algerienne de credit et de Banque C. chemouny.

Cass. 2 mars 1960 Dane Bertoncini C. Bertoncini), Rev. Crit., 1960, 97, note Batiffol.

وانظر فى عرض هذه المشكلة فى الفقه العربى الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧٦ - ٧٩.

(٢) انظر المادة ٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص النمساوى الصادرة فى عام ١٩٧٩ ، والمادة ١/٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص التركى الصادرة عام ١٩٨٢.

لقاعدة الاسناد يؤكد صفتها غير المباشرة . فوظيفة القاعدة القانونية الموضوعية العادية هى اعطاء مركز واقعى معين الصفة القانونية، وذلك عن طريق ترتيب اثار قانونية عليه وقاعدة الاسناد تفترق عن تلك القاعدة من هذا الوجه فهى إن كانت تتناول مراكز واقعية أو روابط معينة ، فهى لا ترتب بذاتها أثرا عليها. بل كل ما تفعله هو تحديد القانون الذى يرتب أو يعترف بترتيب تلك الآثار القانونية فهى لا تعطى الحل الموضوعى بل ترشد إلى القانون الذى يتكفل باعطائه.(١)

وهى بذلك تختلف عن باقى القواعد القانونية المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية التى تتصف بأنها قواعد مباشرة. بمعنى أنها تتكفل باعطاء الحل المباشر للمسألة المثارة.

فمثلا بخصوص مسائل الجنسية إذا ثار نزاع حول تمتع شخص معين بالجنسية الوطنية من عدمه، فيكفى لمعرفة الحل أن نرجع الى القواعد التى تنظم كيفية اكتساب الجنسية الأصلية أو الطارئة للتعرف على الشروط اللازمة للتمتع بالجنسية . ولا تقوم تلك القواعد ببيان ، أو الاحالة الى القانون الذى يتم بمقتضاه ذلك . وكذلك الحال بالنسبة لقواعد تنظيم المركز القانونى للأجانب ، فهى تبين الحقوق التى يتمتع بها الأجنبى الذى يوجد باقليم الدولة أو الالتزامات التى تقع على عاتقه . فالمشرع الوطنى يبين من خلال تلك القواعد نوع تلك الحقوق والالتزامات ، ولا يتصور أن يرجع إلى قانون دولة أجنبية لبيان ذلك .

ولا يختلف الأمر بالنسبة للقواعد المنظمة لحالات الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية فإذا ثار خلاف حول

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، علم قاعدة التنازع، مرجع سبق ذكره، ص ٩٨ ومابعدها.

اختصاص تلك المحاكم بنظر منازعة ذات طابع دولى ، فتأتى تلك القواعد لتفصل بطريقة محددة ومباشرة مقررة الاختصاص لصالح القضاء الوطنى من عدمه . ولا يتصور أن يرجع المشرع أو القاضى الوطنى لقواعد قانون المرافعات فى دولة أجنبية ليعرف ويحدد حالات اختصاص محاكمها الوطنية .

٢ - قاعدة الاسناد قاعدة غير محددة المضمون :

لا تشير قاعدة الإسناد إلى قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولى. فقاعدة الاسناد تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولى وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة. فهى تنص فقط على أن العلاقة يحكمها القانون الذى يرتبط بالعنصر الاساسى فى العلاقة . فقاعدة الاسناد الخاصة بالأهلية مثلا تقتصر على تقرير مبدأ إخضاع هذه الأهلية لقانون جنسية الشخص. وبالتالى فانه اذا كان الشخص الذى ثار الخلاف بشأن أهليته فرنسى الجنسية خضعت أهليته للقانون الفرنسى، وإذا كان انجليزى الجنسية خضعت اهليته للقانون الانجليزى . وكذلك الحال بالنسبة لقاعدة الاسناد الخاصة بالعلاقات المتعلقة بالعقار، إذ تقتصر على الاشارة إلى تطبيق قانون موقع المال على هذه العلاقة . فإذا كان العقار كائنا فى المانيا تعين تطبيق القانون الألمانى ، وإذا كان كائنا فى إيطاليا تعين تطبيق القانون الإيطالى .

ومن ثم يتبين أن مضمون قاعدة الاسناد ليس بالمضمون المحدد مقدما بمعنى أن القانون الذى تقضى هذه القاعدة بتطبيقه لا يتم معرفته إلا إذا كنا بصدد علاقة معينة محددة المعالم .(١)

---

(١) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٧٤.

٣ - قاعدة الاسناد قاعدة مزدوجة :

لما كانت قاعدة الاسناد قاعدة عامة ومجردة وكانت هى الوسيلة الفنية الرئيسية لتمكين القاضى الوطنى من فض المنازعات ذات الطابع الدولى، وتمكين الأطراف من توقع القانون الذى قد يحكم علاقاتهم فإنها لا تكون قد أدت وظيفتها كاملة "إذا هى اقتصرت على ايجاد حل للنزاع فى الحالات التى يكون فيها القانون الوطنى هو الواجب التطبيق ، اذ سيترتب على ذلك أن تكون قاعدة الاسناد عديمة الجدوى فى الحالات التى لا يكون فيها القانون الوطنى للقاضى هو الواجب التطبيق".[١]

وإذ هى قاعدة غير مباشرة مهمتها الاختيار أو المفاضلة وفق ضابط إسناد مجرد[٢]، فإنها لا تطبق إلا إذا وجد تزاحم بين أكثر من قانون قابل للتطبيق، ولذلك كانت قاعدة الاسناد قاعدة ثنائية أو مزدوجة الجانب. "فالمفاضلة كما قد تكون لصالح قانون القاضى الذى يفصل فى النزاع - القاضى الوطنى - قد تكون لصالح قانون دولة أجنبية"[٣] طالما ثبت أنه القانون الأصلح والأنسب لحكم العلاقة أو الرابطة المعروضة.

وعلى الرغم من تأييد كثير من الفقهاء لمنطقية هذه الخصيصة التى لقاعدة الاسناد[٤] فقد وجد من طالب بوجوب

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٧٤.

(٢) انظر فى الطبيعة المزدوجة لقاعدة الإسناد:
Cour de Paris, 1814 Juin 18, C. Elisabeth C. Bertrand Busqueta, S. 1814. 2. 393., et la Grands arrest, op. cit., P. 6.

(٣)الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٤) انظر مثلا الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٠٥، وفى الفقه الأجنبى انظر مثلا:
G. Viver: Le carctére bilateral des regles de conflits de lois, Rev. crit. dr. int. pr., 1953, P. 655.

اقتصار مهمة قاعدة الاسناد الوطنية على تحديد ما إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق أم لا، أى أن تكون قاعدة الاسناد كغيرها من القواعد القانونية، مفردة الجانب[1]. احتراما لإرادة المشرع الأجنبى فى تحديد نطاق تطبيق القوانين التى يصدرها واحترام الحقوق المكتسبة فى كل دولة. فضلا عن عدم اختصاص المشرع الوطنى بتحديد نطاق تطبيق القوانين الأجنبية .

والحقيقة أنه فضلا عن أن هذا الرأى يتنافى مع وظيفة قاعدة الاسناد الوطنية، فى المفاضلة والاختيار للقانون الاصلح، فإنه لا يعطى لنا وسيلة لحل تنازع القوانين فى الحالة التى تعطى فيها عدة قوانين أجنبية لنفسها الاختصاص بحكم النزاع ، إذ كيف يتسنى للقاضى المفاضلة بين القوانين الاجنبية المتعددة التى تدعى لنفسها حكم النزاع إذا لم يستمد من قاعدة الاسناد الوطنية وسيلة اجراء هذه المفاضلة . وعلى ذلك يجب أن تشتمل قاعدة الاسناد على بيان حالات تطبيق القانون الاجنبى أسوة باشتمالها على بيان حالات تطبيق القانون الوطنى[2] تلافيا لحدوث حالة من الفراغ القانونى تؤدى إلى إنكار العدالة.

ويلاحظ أن الطبيعة المزدوجة لا تتوافر بالنسبة لسائر قواعد القانون الدولى الخاص. فقواعد الاختصاص الوطنية لا تقوم بتعيين المحكمة الاجنبية الواجب رفع النزاع إليها ، إذ أن ذلك يعد تدخلا

---

(١) انظر :

J. P. Niboyet: Cours de droit international privé Français, Paris, 1949, P. 350.

Gothot: Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, Rev. crit. dr. int. pr., 1971, P. 209 et ss.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق. ولمزيد من التفاصيل الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٠٨.

غير مقبول فى تحديد اختصاص مرفق القضاء فى الدولة الأجنبية. وفضلا عن أنه سيظل عديم الأثر من الناحية العملية . فالقاضى لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه الوطنى، ولا يمكن أن يخضع فيما يتعلق بتحديد اختصاصه لأية قاعدة يقضى بها مشرع أجنبى(١).

وكذلك القواعد المتعلقة بآثار الاحكام الأجنبية، إذ يقتصر المشرع على تحديد آثار الحكم الأجنبى داخل اقليم دولته ولا يتكفل بتحديد الآثار التى يمكن ان ترتبها الأحكام الوطنية خارج هذا الاقليم . ذلك أن هذا التحديد سيكون عديم الأثر من الناحية العملية لأن كل دولة تتكفل بتحديد آثار الأحكام الأجنبية داخل اقليمها دون أن تعبأ بما قد يقضى به مشرع الدولة الأجنبية فى تحديد آثار هذه الأحكام.(٢)

وكذلك قواعد الجنسية تقتصر على تحديد الشروط اللازمة لاكتساب جنسية الدولة وفقدها، وإلا اعتبرت منطوية على تجاوز لحدود اختصاص هذا المشرع وماسة بسيادة الدولة الأجنبية التى تملك دون غيرها سلطة تحديد من يعتبر من رعاياها .

وكذلك الحال بالنسبة لقواعد مركز الاجانب . فهى تقوم بتحديد الحقوق التى يتمتع بها الأجانب فى اقليم الدولة. ولا تعنى

---

(١) الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق.

(٢) ويلاحظ أن قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية قد تكون بصفة استثنائية ذات طبيعة مزدوجة وذلك عندما يشترط المشرع الوطنى لتنفيذ الحكم الأجنبى فى دولته أن تكون المحكمة الاجنبية التى أصدرته مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائى المعمول بها فى دولة القاضى المطلوب منه التنفيذ . ففى مثل هذه الحالة لا يلجأ القاضى الى قاعدة الاختصاص الوطنية لتحديد اختصاص محاكم دولته فحسب بل يلجأ الى هذه القاعدة أيضا لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية المطلوب تنفيذ حكمها فى اقليم دولته .

ببيان ما يتمتع به الوطنيون من حقوق فى اقليم دولة أجنبية [١]، ويلاحظ أخيرا أن هذا الاختلاف بين قواعد الإسناد وغيرها من قواعد قانون العلاقات الخاصة الدولية لا ينفى أن هناك وحدة طبيعية تجمعها ألا وهى استهداف تنظيم الحياة الدولية للأفراد بمختلف مناحيها[٢].

المطلب الثانى

ضابط الاسناد

قاعدة الإسناد من القواعد القانونية الوطنية ومن ثم تشترك مع غيرها فى الأركان التى لا يمكن لقاعدة قانونية أن تقوم بدونها إلا أن طبيعتها الخاصة تضفى على هذه الأركان ما يبين ذاتيتها وتميزها عن غيرها. ولذا فلقاعدة الاسناد كغيرها من القواعد أركان داخلية وأخرى خارجية.

الأركان الخارجية لقاعدة الاسناد:

أولا: ركن الفرض:

يقصد بالفرض وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع مثل ابرام زواج، ارتكاب عمل خاطئ، ابرام عقد، وهو يحتوى على شروط انطباق القاعدة القانونية.

ثانيا : ركن الحكم أو الحل:

يقصد بالحكم "الحل أو الحكم الذى يقرره القانون بالنسبة

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، مبادىء تنازع القوانين . ط ١٩٩٦ . ص ٣١.
(٢) الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ١٠٩.

للوضع الواقعى أو مجموع الأوضاع الواقعية" وهو لا ينطبق إلا عند توافر الشروط والظروف المحددة فى الفرض[١].

فقاعدة الاسناد تتعلق بمسألة أو بوضع معين يشكل شروط وإطار أو نطاق لتطبيقها، كأن تتعلق بالحالة أو الأهلية أو النسب.

وهى تقدم الحل بطريق غير مباشر حين ترشد إلى القانون الواجب التطبيق.

الأركان الداخلية لقاعدة الاسناد:

لقاعدة الاسناد كغيرها من القواعد القانونية الوطنية أركانها الداخلية التى تتأثر بطبيعتها وهى:

أولا : الفكرة المسندة :

وهى موضوع الاسناد أو مجموعة الحالات القانونية التى تعنى قاعدة الاسناد بتحديد القانون المختص بها[٢].

فالمشرع فى مواجهة استحالة دخول المراكز القانونية والعلاقات ذات العنصر الأجنبى تحت الحصر، تكفل بتصنيف هذه المراكز وتلك العلاقات إلى فئات مختلفة، تسمى كل فئة منها بالفكرة المسندة. وتتضمن كل فئة أو فكرة مسندة المراكز

(١) انظر مثلا المادة ١٦٣ من القانون المدنى التى تقرر أن "كل خطأ سبب ضرر للغير (ركن الفرض)، يلزم فاعله بالتعويض" ركن الحكم.
انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٤٦- ٤٧.

(٢) انظر الدكتور ماهر ابراهيم السداوى، مبادىء القانون الدولى الخاص، ط ١٩٨١، ص ٤٤.

والعلاقات المتقاربة أو المتشابهة[١].

وعلى ذلك فلو افترضنا أننا بصدد نزاع بشأن ميراث بين أجانب كانت الفكرة المسندة هى فكرة أيلولة المال بطريق الارث. وينشأ عن وجود هذا الركن مشكلة أخرى قبل التوصل إلى قاعدة الاسناد المناسبة تعرف بمشكلة الوصف القانونى أو التكييف للواقعة محل النزاع لمعرفة ما إذا كانت تماثل الفكرة المسندة أم تخرج عنها.

ثانيا : ضابط الاسناد :

يقصد بضابط الاسناد أو ظرف الاسناد، المعيار[٢] الذى يثبت بواسطته الاختصاص لقانون معين لحكم الفكرة المسندة، أو الحالة القانونية محل النزاع.

وبعبارة أخرى هو ضابط الاختيار والتفضيل بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة المعروضة[٣].

وعلى ذلك لو افترضنا أننا بصدد النزاع السابق الاشارة إليه وكانت قاعدة الاسناد تقضى بأن يرجع فى الميراث لقانون جنسية المورث، كان ضابط الاسناد هو "جنسية المورث".

وهو ما يثير مشكلات تطبيق القانون الأجنبى مثل الإحالة والغش والتعارض مع النظام العام.

---

(١) انظر استاذنا الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤، منشأة المعارف، ص ١٣.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، دروس فى القانون الدولى الخاص، جامعة الاسكندرية، ١٩٦٢ - ١٩٦٣، ص ٥.

(٣) انظر الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، وكذلك الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٣.

ثالثا : القانون المسند إليه:

ويقصد به القانون الذى يرشد إليه ضابط الاسناد[١]، أو النظام القانونى الذى يتعين تطبيقه وإعمال احكامه.[٢]

ويتضح من ذلك أن ضابط الاسناد هو أحد الأركان الداخلية لقاعدة الاسناد وأنه أداة الوصل بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه. ولكن:

كيف يمكن تحديد ضابط الاسناد؟

أن اختيار ضابط الاسناد الذى يكشف عن القانون الواجب التطبيق فى شأن العلاقة المطروحة[٣] لا يتم بصفة عفوية فقد جرى العمل عند وضع التشريعات المنظمة لاختيار القانون واجب التطبيق على تصنيف المراكز القانونية المتضمنة عنصرا اجنبيا إلى فئات أو طوائف تتضمن المراكز القانونية المتشابهة واسناد كل طائفة منها إلى قانون معين وفق معيار يمكن تحديده بتحليل العلاقة القانونية[٤] إلى عناصرها:

العنصر الأول : الأشخاص :

سواء كان هؤلاء أصحاب حقوق أم مدينين بها. فهناك مثلا: البائع والمشترى، والمتسبب فى الضرر والمضرور، والولى

---

(١) انظر الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٤٩.

(٢) دون خلط بين وجوب تطبيق القانون الذى تشير إليه قاعدة الاسناد ووجوب تطبيق قاعدة الاسناد ذاتها، فى هذه الملحوظة بالتفصيل انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٤ - ٥٥.

(٣) انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٦.

(٤) تعرف العلاقة القانونية بأنها "علاقة بين شخص وآخر محكومة بقاعدة من القواعد القانونية".

والطفل، الوارث والمورث.

العنصر الثانى: الموضوع :

يختلف موضوع العلاقة من حالة إلى أخرى وقد يكون التزاما من الالتزامات.

العنصر الثالث : السبب :

لابد لقيام المراكز القانونية لأطراف العلاقة من سبب منشئ للعلاقة، سواء كان مصدره الإرادة كما هو فى البيع والشراء أو مصدره القانون كما هو فى شأن ترتيب الحضانة والوصاية، أو مصدره الفعل الضار كوقوع حادث(١).

ولما كان المراد هنا هو توطين العلاقة أو تركيزها فى ظل القانون الأقرب صلة بها وجب ايجاد صلة بين هذا القانون والعنصر الرئيسى من العناصر الثلاثة السابقة لضمان أكبر قسط من الفاعلية فى المجال الدولى بضمان عدم الاخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف ، وكفالة انتاج آثارها داخل الدولة الواجب تطبيق قانونها والدول الأخرى التى تمتد إليها هذه الآثار، بثبوت أن اتصال قوانينها بالعلاقة ليس من الأهمية بمكان بحيث يترتب على عدم الاعتداد بها المساس بالسيادة التشريعية.

---

(١) Savigny: A treaties on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time, Guitrie's Translation, 2 nd ed., T. 8.

انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٢، والدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين، ص ٧٧.

وتختلف أهمية أى من العناصر السابقة باختلاف نوع هذه العلاقة:

فإذا نظرنا إلى علاقات الاحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب والميراث ، لوجدنا أن عنصر الاطراف هو مركز الثقل فى العلاقة القانونية لاتصالها بأشخاصها ومن ثم يتعين ايجاد صلة من الأوصاف المميزة للأشخاص الطبيعية والمعنوية لاتخاذها كمعيار أو ضابط يستخدم لتفضيل قانون على آخر من بين القوانين المتصلة بالعلاقة.

وطبيعى الا تستمد هذه الصلة من الوان الاشخاص او اطوالهم أو قدرتهم المالية وغير ذلك من عناصر الحالة ، وانما يتعين أن تستمد من أوصاف قانونية عامة كالجنسية والموطن ومحل الإقامة.

وإذا نظرنا إلى مجال العلاقات المتصلة بالحقوق العينية تبين ان العنصر الرئيسى للعلاقة هو عنصر الموضوع ، ومن ثم تعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر كضابط موقع المال .

وإذا نظرنا إلى مجال التصرفات القانونية كان عنصر السبب هو مركز الثقل فى العلاقة القانونية. ومن ثم تعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر . كضابط ارادة المتعاقدين بالنسبة للعقد أو ضابط محل وقوع الفعل بالنسبة للمسئولية التقصيرية[١].

وهكذا نجد أن ضابط الاسناد يستمد من فكرة قانونية

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٧٧.

تتصل بعناصر العلاقة أو الرابطة التى يثور بشأنها نزاع مستقبلى[١].

غير أنه وإن كانت ضوابط الاسناد تتحدد أساسا وفقا للعنصر الرئيسى فى العلاقة القانونية إلا أن هذا لا يعنى تجرد هذه الضوابط من الأهداف التى قد تمليها مصالح الدولة الأساسية وواقعها الاجتماعى. ويبرز الدور الذى تلعبه هذه الاعتبارات بصفة خاصة عند تحديد ضابط الاسناد الخاص بطائفة الأحوال الشخصية.

حيث نجد أن الدول التى تكثر هجرة السكان منها إلى الخارج تفضل الأخذ بضابط الجنسية فى تحديد القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية . ذلك أن استمرار رعايا الدولة فى الخضوع لقانونها يبقى على الرابطة الروحية التى تربطهم بها. وعلى العكس من ذلك فإن الدول التى تكثر هجرة الأجانب إلى إقليمها ، تأخذ عادة بضابط الموطن فى تحديد القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية . اذ أن الأخذ بهذا الضابط من شأنه اخضاع هذه المسائل للقانون الوطنى بالنسبة لكل الأجانب الذين توطنوا باقليم الدولة ، وفى ذلك ما يساعد على اندماج هؤلاء الاجانب فى مجتمع الدولة[٢].

أساليب الاسناد :

يعكس اسلوب صياغة قاعدة الاسناد المصالح الوطنية التى يرغب المشرع فى تحقيقها على النحو الذى يتصوره محققا للعدالة، ومن ثم فقد يستخدم أحد الأساليب الآتية:

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٨.
(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٧٨.

أولا: أسلوب الاسناد البسيط :

وهو الأسلوب الغالب وفيه تتضمن قاعدة الاسناد ضابط واحد للاسناد، كما لو أراد المشرع أن يُكرس نظام اجتماعى أو دينى معين تظهر فيه قوامة الرجل على الأسرة، فيضع ضابط للإسناد فيما يتعلق بآثار الزواج والطلاق يعتمد على جنسية الزوج.

أسلوب الاسناد المركب:

وفيه يلجأ المشرع إلى تضمين قاعدة الاسناد أكثر من ضابط اسناد، فتتعدد القوانين التى تحكم العلاقة وهو على أكثر من صورة:

١ - الاسناد الموزع :

وفيه يستخدم المشرع معيارا واحدا لاختيار القانون واجب التطبيق كالجنسية أو الموطن إلا أنه يسمح باستخدام هذا الضابط بالنسبة لكل طرف على حدة، وهو ما يظهر واضحا فى نص المادة ١٢ من القانون المدنى المصرى بشأن الشروط الموضوعية الايجابية للزواج.

٢ - اسلوب الاسناد الجامع :

وفيه تتضمن قاعدة الاسناد ضابط اسناد مزدوج يؤدى إلى تطبيق قانونين أو أكثر معا، كما هو الشأن فى نص المادة ١٢ المشار إليها فيما يتعلق بالشروط الموضوعية السلبية للزواج (موانع الزواج)(١).

---

(١) انظر :

Grand arrêts de la Jurisprudenc Français de droit international privé 3 ed. (B. A ncel et Y. Lequette edit.) Dalloz, 1998, 21- 8, P. 163 et ss.

ويهدف المشرع من وراء ذلك إلى تعدد القوانين التى تحكم العلاقة القانونية وتطبيقها تطبيقا جامعا نظرا لأهمية الصلة التى تربط بين هذه القوانين جميعا بالعلاقة القانونية(١).

٣ - التطبيق التخييرى :

قد تشتمل قاعدة الاسناد على عدة ضوابط اسناد تمنح الاختصاص لجملة قوانين على سبيل التخيير، ويهدف المشرع من وراء ذلك إلى إمكان تطبيق أى من القوانين المتصلة بالعلاقة نظرا لتساوى هذه القوانين فى صلتها بها(٢) أو إلى التيسير على الأطراف فى العلاقات الخاصة الدولية وإلى الاعتراف بصحة تلك العلاقات وتحقيق صالح أطرافها(٣).

وقد يضع المشرع ضوابط الاسناد على قدم المساواة بحيث يختار تطبيق أى من القوانين التى تشير إليها كما هو الشأن فى نص المادة ٢٠ من القانون المدنى المصرى التى ساوت فى المرتبة بين قانون محل ابرام العقد والقانون الذى يحكم موضوع العقد وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين وقانون جنسيتهما المشتركة بحيث يمكن للمتعاقدين ابرام العقد وفقا للشكل المقرر فى أى من هذه القوانين.

وقد يضع المشرع ضوابط الاسناد على سبيل التدرج بحيث تتضمن قاعدة الاسناد ضابط اسناد رئيسى يلزم تطبيق القانون

وانظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٧٨، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٣، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٧، ١٨.

(١) انظر الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٧٨، والدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٣) الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٧.

الذى ترشد إليه فإن تعذر أمكن الرجوع إلى أحد القوانين التى تشير إليها الضوابط الأخرى باعتباره القانون الأقرب صلة بعد ذلك الذى كان يشير إليه ضابط الاسناد الأصلى.

من ذلك نص المادة ١/١٩ من القانون المدنى المصرى التى تضمنت ضوابط اسناد تتدرج فى المرتبة أولها يشير إلى تطبيق القانون الذى يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا فإذا لم توجد إرادة صريحة أو ضمنية تعين تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين فإذا لم يوجد موطن مشترك طبق قانون محل إبرام العقد.

وقد يضع المشرع ضوابط الاسناد فى تجاور تاركا لأحد الأطراف أو للمحكمة الاختيار، تيسيرا عليهم أو وفقا لما يحقق مصالحهم، كما هو الشأن فى نص المادة ١٨/٣١١ من القانون المدنى الفرنسى فيما يتعلق بدعاوى نفقة الصغار حيث اعطت للطفل (من ينوب عنه قانونا) حرية الاختيار بين تطبيق قانون محل اقامته العادية وتطبيق قانون محل الاقامة العادية للمدين بالنفقة(١).

كيفية إعمال ضابط الإسناد :

من الواضح أن عملية الاسناد تقتضى لتحققها أمرين هما:

- وجود قوانين مختلفة كل منها يعرض اختصاصه بحكم العلاقة القانونية موضوع التنازع.

---

(١) انظر :
Y. Loussouarn et P. Bourel: Droit international privé, Dalloz, 2 eme ed. 1980, P. 449.
ولمزيد من التفاصيل انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٦، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٨.

- قيام المشرع باجراء المفاضلة بين هذه القوانين بموجب ضابط الاسناد.

وعندئذ يجب تطبيق هذا القانون بصرف النظر عما اذا كان هو القانون الوطنى للقاضى أم كان قانونا أجنبيا. فإن كان الأخير ظهر لنا عيب من عيوب تطبيق قاعدة التنازع ألا وهو أنها قد تؤدى إلى تطبيق قانون يختلف كليا مع القانون الوطنى فى دولة القاضى(١).

وإذ يسعى المشرع لتحقيق مصالح المواطنين بالدرجة الأولى فقد يخرج على الأصل ويفضل تطبيق القانون الوطنى وحده على النحو الوارد بالمادة ١٤ من القانون المدنى المصرى التى توجب تطبيق القانون المصرى فى المسائل المتعلقة بالزواج كلما كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج.

تفسير ضابط الاسناد:

لما كان ضابط الاسناد ركن من الأركان الداخلية لبناء قاعدة الاسناد وكانت تلك القاعدة من القواعد القانونية الوطنية، كان طبيعيا أن يخضع فى تفسيره لما تخضع له هذه القواعد، مما يعنى أن تفسير ضابط الاسناد وتحديد مفهومه لابد وأن يتم وفقا للقانون الوطنى(٢). لاسيما وأن ضابط الاسناد ليس محلا للنزاع بين

---

(١) انظر فى آفة منهج التنازع الدكتور أحمد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، ط ١٩٨٩، ص ١٢ ومابعدها ، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٤٦ ومابعدها.

(٢)انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٩٣، وكذلك :

Arminjon: Op. Cit., P. 25.

وانظر الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٣٤٠، والدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، ط ١٩٨٦، جـ٢، ص ١٦٩، الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٦٣.

الأطراف. إذ هو ينصب على القاعدة القانونية الواجبة التطبيق لا على العلاقة القانونية محل النزاع(١).

التحديد الزمنى لوقت إعمال ضابط الاسناد:

إذ يتكون ضابط الاسناد من فكرة من الافكار القانونية كالموطن والجنسية ومكان وجود المال، وكان بإمكان أطراف العلاقة التغيير فى العنصر الواقعى بتغيير الجنسية واكتساب جنسية جديدة، وبتغيير الموطن أو محل الاقامة أو نقل المال إلى مكان آخر وهكذا بالنسبة للعديد من الأفكار المكونة لضوابط الاسناد لم يكن كافيا تحديد ضابط الاسناد، بل يجب أن يصحب ذلك تحديد الزمن الذى يعتد فيه بالضابط الذى تتضمنه قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق(٢). فإذا كنا بصدد الجنسية على سبيل المثال تعين تحديد ما إذا كان المقصود هو الجنسية وقت رفع الدعوى أم وقت نشأة العلاقة. والهدف من ذلك هو العمل على تحقيق الاستقرار ومراعاة التوقعات المشروعة لأطراف النزاع.

ثالثا : رقابة محكمة النقض على أعمال ضابط الاسناد:

يختار المشرع الوطنى ضابط الاسناد وفق سياسة معينة

---

(١) لمزيد من التفصيلات انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٦٣. حيث يقرر سيادته أن هناك استثناءان على هذه القاعدة يتعلق الأول بتفسير العنصر الواقعى لفكرة الجنسية كضابط للإسناد حيث يخضع لقانون الدولة التى يدعى الشخص انتماءه إليها، ويتعلق الثانى بوجود قاعدة تنازع اتفاقية مصدرها اتفاقية دولية حيث يجب على القاضى الالتزام بالمفهوم الذى تتبناه الاتفاقية. انظر ص ٦٤ - ٦٦.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٨٢، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧١ - ٧٣.

ولتحقيق أهداف محددة بشأن القدر المسموح فيه بتطبيق القوانين الأجنبية، وهو ، أى ضابط الإسناد، فكرة قانونية تتضمنها قاعدة قانونية ومن ثم فهو ليس من مسائل الواقع التى تخرج عن اطار رقابة تطبيق القانون التى تضطلع بها محكمة النقض أو المحكمة العليا[١]. إلا إذا انصب الخطأ على تطبيق ضابط الاسناد ذاته على وقائع الدعوى كما لو كان ضابط الاسناد هو مكان وجود المال فأعمله القاضى إلا أنه اخطأ فى تحديد هذا المكان من الناحية الواقعيـة فإن الخطأ هنا يكون خطأ فى الوقائع لا فى تطبيق القانون.

وعلى العكس يعد خطأ فى تطبيق القانون الخطأ فى تحديد ماهية ضابط الاسناد، كما لو طبق القاضى ضابط محل الابرام بدلا من تطبيق ضابط الارادة، وكذلك الخطأ فى تحديد مدلول ضابط الاسناد كما لو كان ضابط الاسناد هو محل وقوع الفعل الضار فاعتد القاضى بمحل حدوث الضرر بدلا من الاعتداد بمحل وقوع الخطأ[٢].

هل تعرف فكرة قواعد الاسناد فى فقه الشريعة الإسلامية؟

أشرنا من قبل إلى أن هناك اتجاهين فى هذه المسألة[٣] وإلى أننا نرجح القول بأنه يمكن تطبيق القانون الأجنبى إعمالا للتفسير الموسع لآيات سورة المائدة مع الإشارة إلى ما هو مستقر لدى

---

(١) انظر الدكتور محمد كمال فهمى، رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبى، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٣ (العدد الثالث) ص ٢١ ومابعدها، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٨٢، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق.

(٣) انظر ص ١٣٢ – ١٣٨ من هذا المؤلف.

الفقهاء من أن قواعد الاسناد ليست الوسيلة الفنية الوحيدة لحل تنازع القوانين إذ قد يلجأ المشرع إلى استخدام أسلوب آخر يتمثل فى إصدار قواعد موضوعية أو مادية تقدم حلولا مباشرة للعلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا.

المبحث الثانى

نطاق تطبيق قاعدة الاسناد

إذا ما عُرض على القاضى الوطنى نزاع من المنازعات ذات العنصر الأجنبى، تعين عليه إعمال قاعدة من قواعد الاسناد يدفعه إلى ذلك التزامه القانونى بتطبيق قواعد القانون الوطنى(١).

وكما أن لكل قاعدة قانونية نطاق زمانى ومكانى للتطبيق فإن لتطبيق قاعدة الاسناد:

نطاق زمانى: يقصد به الحدود الزمنية التى تبين الوقت الذى تكون فيه واجبة التطبيق، وتبين أثر صدور قاعدة اسناد جديدة على نفاذها(٢).

---

(١) بصرف النظر عن تعلقها بالنظام العام. انظر:
Cass. Civ. Fr., 2 mars 1960, Clunet, 1961, P. 408 note B. Goldman.
وانظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧٦ ومابعدها، وانظر المادة ٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص النمساوى الصادرة عام ١٩٧٩، والمادة ١/٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص التركى الصادرة عام ١٩٨٢، وانظر حكم محكمة النقض المصرية فى ١٩٦٠/١١/١٧ مج النقض المدنى. س١١ رقم ٩١ ص ٥٨٣.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٧٦ - ٣١٦، وفى نطاق القانون الدولى الخاص انظر بصفة عامة الدكتور احمد صادق القشيرى، نطاق

ونطاق مكاني: يقصد به البحث عن نوع تنازع القوانين المكاني الذى تنهض بتسويته، هل هو الاختيار بين القوانين بخصوص المنازعة الأصلية أم يمتد فيما وراء ذلك للاختيار بين القوانين التى تحكم المسائل الأولية اللازم معرفة نظامها القانونى قبل فض التنازع الدولى بشأن المنازعة الأصلية(١).

ونطاق موضوعى : لتطبيق قاعدة الاسناد نطاق آخر اقتضت البحث فيه الطبيعة الخاصة لهذه القاعدة ألا وهو النطاق الموضوعى.

فإزاء حقيقة أن المشرع قد نظم العلاقات الخاصة الدولية بعدد قليل من النصوص القانونية تحكم كل منها طائفة معينة من الموضوعات ، يضطر القاضى قبل ادراج العلاقة المعروضة عليه تحت قاعدة من قواعد الاسناد ، أن يقوم بعملية فنية تستهدف تحديد الوصف القانونى للمسالة المعروضة عليه، لتحديد موضوعها، ومن ثم تحويلها من مجرد مراكز واقعية إلى مراكز قانونية، ومن ثم يتبين له ما إذا كانت تدخل ضمن النطاق الموضوعى للفكرة المسندة من عدمه فإن كانت مما يدخل فى هذا النطاق أمكن أن تنطبق بشأنها قاعدة الاسناد للتوصل إلى تطبيق القانون الأقرب صلة بالعلاقة .

ومن ثم يكون من الضرورى أن نتناول هنا البحث فى كيفية التوصل إلى الوصف القانونى للعلاقة محل النزاع.

وطبيعة القانون الدولى الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة العاشرة، يناير ١٩٦٨ ، ص ١١٩ وما بعدها.

(١) انظر المرجع السابق، ص ٣١٦.

المطلب الأول

نظرية الأوصاف القانونية

من المعلوم أن تطبيق قواعد تنازع القوانين قد يؤدى فى كثير من الأحيان إلى تطبيق تشريع أجنبى، واستبعاد التشريع الوطنى . وأن هذه النتيجة مخالفة لمبدأ اقليمية القوانين. ومعلوم أن الوصول الى تحقيقها معقود بتوافر شروط معينة تقررها قاعدة تنازع القوانين نفسها .

وبيان ذلك أن هذه القاعدة تتكون من شقين :

الأول : يبين مسألة التنازع أو "الفكرة المسندة".

والثانى : يبين الحل ، الذى قد يكون مقتضاه الأخذ بأحكام تشريع أجنبى .[1]

وقد أسلفنا أن قاعدة الإسناد لا تضع الحل لكل مسألة من المسائل التى تعرض فى العمل على حدة بل لطوائف من المسائل تتجمع كل منها فى شكل فكرة مجردة هى الفكرة المسندة، ومن ثم فعلى القاضى أن يبت فى مسألة أولية هى البحث عن الفكرة التى تدخل فى مضمونها المسألة محل النزاع، من خلال عملية عقلية لتحليل الوقائع أو التصرفات المعروضة عليه[2] اصطلح على تسميتها بالوصف أو التكييف القانونى.

وعلى ذلك يمكن تعريف التكييف أو الوصف القانونى بأنه عملية تحديد طبيعة المسألة التى تتنازعها القوانين لوضعها فى

---

(١) أنظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق، ص ١٨٦.
(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٨٨.

نطاق إحدى الفكر المسندة التى خصها المشرع بقاعدة اسناد[١].

أو بأنها عملية تحديد الوصف القانونى أو الطبيعة القانونية لعلاقة قانونية[٢].

ولما كانت الدول تختلف فيما بينها بشأن تحديد الأوصاف القانونية للمسائل المختلفة، فما هو معتبر من الشكل فى بلد قد يعتبر من الأهلية فى بلد آخر، فقد يظهر للقاضى اختلاف فى تحديد الطوائف التى يمكن رد هذه المسائل اليها. ومن ثم فإن النزاع ذى الطابع الدولى ، كما يثير تنازعاً بين القوانين حول القانون الواجب التطبيق للفصل فى النزاع ، يثير ايضا تنازعاً بين هذه القوانين حول القانون الذى يتعين أن يتحدد بمقتضاه الوصف القانونى لهذه المسألة حتى يمكن رد المسألة إلى طائفة قانونية معينة خصها المشرع بقاعدة اسناد[٣].

فما هو القانون واجب التطبيق على الأوصاف القانونية؟

إذا ما أراد القاضى أن يتحقق من طبيعة المسألة محل النزاع وما إذا كانت، على سبيل المثال، تدخل فى مضمون فكرة الأهلية للتصرف أم فكرة شكل التصرف، تعين عليه الرجوع إلى قانون معين لتحديد ذلك، وهنا يثور السؤال هل يرجع إلى قانونه الوطنى أم إلى القانون الذى تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد؟

وجد فى الاجابة على هذا السؤال ثلاث نظريات نرى أن نعرض لها على الترتيب التالى:

---

(١) انظر الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٥٣.
(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق.
(٣) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٨٦.

أولا : نظرية تطبيق قانون القاضى :

- نشأة النظرية ومضمونها:

أول من وجه الأنظار إلى بحث مسألة التكييف وأهميتها كان الفقيه الألمانى فرانتز كاهن Frantz Kahn سنة ١٨٩١(١) ثم جاء من بعده الفقيه الفرنسى "بارتان"(٢) Bratin ليقدم افكاره عن نظرية التكييف وفق قانون القاضى، حتى ولو اتضح أن قانون القاضى لم يكن هو الواجب التطبيق على النزاع . بل حتى ولو لم يكن يدخل اصلا ضمن القوانين المرشحة لحكم النزاع ، ومعنى ذلك أن قواعد تنازع القوانين فى كل تشريع تعتمد فى تطبيقها على ما تقول به القواعد الموضوعية فى ذلك التشريع(٣). وهو ما قد يؤثر على اختيار النظام القانونى الواجب التطبيق أو القواعد الموضوعية الواجب تطبيقها منه، على الرغم مما هو معلوم من أن هذه القواعد الموضوعية وضعت فى الأصل للفصل فى

---

(١) انظر :
Frantz Kahn: Ein Beitrag Zum Iehre des internationalen privatracht. Ihrings Jahrbucher, 1891, no. 18, P. 143.
E. Bartin: “L’impossibilité d’arriver à la suppression definitive des conflits de lois”, clunet, 1897, P. 225, 466, 720 et pour lamem autur:

(٢) E. Bartin: “L’impossibilité d’arriver à la suppression definitive des conflits de lois”, Clunet, 1897, P. 225, 466, 720 et pour la mem autur: Etudes de droit international, privé, 1899, P. 1-82. Spec. P. 6, 13, 68 فى إثارة التساؤل عن القانون الواجب التطبيق. وفى الإجابة على ذلك انظر P. 14 حيث فضل تطبيق قانون القاضى.

(٣) انظر أحكام القضاء الفرنسى فى العلاقة بين التكييف وقواعد الاسناد:
Cass. Ch. Req. 4 Juin 1935 (Epoux Zelcer C. Schwab.) Rev. Crit., 1936. 755 note Basdevant.
Cass. Ch. Civ., Ire Sect., 25 Juin 1957, Epoux Ahmed Ben Hassen.... C. Epoux Silvia, Rev. Crit., 1957. 680, note Batiffol., Grand Arrêt, op. cit., no. 29, P. 230 Spec. P. 232.
وفى تحليل هذا الحكم انظر :
B. Ancel: L'objet de La qualification, Clunet, 1980, 264, no. 60 et ss.

العلاقات القانونية الوطنية، وهو ما قد يؤدى إلى خرق الحياد الذى يفترض أن تتصف به قاعدة الاسناد بالنظر إلى أنها قد وضعت للفصل فى منازعات ذات طبيعة دولية، ويجب أن تهدف فقط إلى تحقيق العدالة فى ارشادها للقانون واجب التطبيق[١].

الأسانيد التى تقوم عليها النظرية:

يستند خضوع التكييف لقانون القاضى إلى عدة أسانيد ساق بعضها "بارتان" واضاف الفقه الحديث البعض الآخر.

السند الأول : سياسى : ويقوم على فكرة سياسية أكثر منها قانونية ، وهى فكرة السيادة.

فيقول "بارتان" أن السماح بتطبيق القوانين الاجنبية على الأراضى الوطنية إنما يحصل بناء على رغبة المشرع الوطنى التى اظهرها فى قواعد تنازع القوانين. ومؤدى ذلك أنه يتنازل عن السيادة التشريعية (المدنية) لقوانينه لمصلحة القوانين الاجنبية التى تسود فى بلاده، سواء كان هذا التنازل أساسه رغبته فى تقربر العدالة والتزامه بذلك ، أو مجرد المجاملة الدولية . على أن الوصول الى تطبيق هذه القوانين الأجنبية يجب أن يكون مسبوقا بتحديد – النطاق الموضوعى – لتطبيق قاعدة الإسناد[٢] ، ولا يتصور أن يترك المشرع مسألة خطيرة كهذه متعلقة بالسيادة لحكم أى قانون أجنبى . فكما أن قواعد تنازع القوانين فى كل دولة قواعد وطنية ، كذلك قواعد التكييف وطنية بحته ، وذلك للاتصال الوثيق بينهما[٣].

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٨٧

(٢) E. Bartin, op. cit., P. 16.

(٣) انظر عرض وتحليل هذه الحجة بشأن حكم محكمة استئناف الجزائر فى قضية أرملة بارتلو:

فإذا أخضع المشرع فى بلد ما الأهلية مثلا لقانون جنسية الشخص، فتحديد معنى الاهلية لابد أن يكون من اختصاص المشرع الوطنى لا من اختصاص المشرع الأجنبى.(١)

السند الثانى : قانونى : لما كانت فكرة السيادة فكرة غامضة ولا تنهض لتبرير اخضاع التكييف لقانون معين، فضل الفقهاء تبريرا آخر مؤداه أنه لما كانت وظيفة قاعدة الاسناد هى اختيار انسب القوانين لحكم العلاقة ذات الطابع الدولى "لتحقيق العدالة مجردة عن كل اعتبار متعلق بالسيادة"(٢). فإن هذه العملية تحتاج إلى تفسير القواعد الوطنية للتوصل إلى التكييف المناسب للمسألة المعروضة(٣).

Cour d'appel d' Alger 24 dec. 1889, Bartholo, Clunet, 1891, 1171.

وكذلك:

Grand arrêt, op. cit., no. 9. P. 61 Spec. P. 64, 68.

حيث طبقت المحكمة القانون الفرنسى (قانون القاضى) باعتباره قانون المحيط الاجتماعى الذى عاش فيه الزوجان.

ويلاحظ أن المحكمة بعد تحليل العلاقة بحثا عن الاشتراك القانونى بين النظامين الفرنسى والمالطى على نحو ما نادى به الفقيه الالمانى سافينى انتهت إلى عدم توافر الاشتراك القانونى حين قررت أن النظام القانونى الفرنسى لا يعرف فكرة الزوج الفقير المعروفة فى القانون المالطى.

C.F. Savigny: Traité de droit romain, (Trad. Guénoux), 2e ed. 1860, Vol., VIII no 361, Ph. Francescakis: Droit naturel et dr. int. pr., mélanges maury, T.I., P. 113 Spec. no 13 et 14.

(١) أنظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ١٩٣ . ومقال بارتان ، المرجع السابق، ص ٢٢٧ - ٢٢٩.

(٢) أنظر:

Armijon: Nature, objet et porteé de droit international privé, Leur place dans la legislation, Paris, 1920.

وأعيد نشره فى مجلة القانون الدولى الخاص وقانون العقوبات الدولى، طبعة خاصة فى مارس ١٩٢٨ ، لاسيما ص ٣١- ٣٢.

(٣) انظر :

فالقاضى الذى يكيف شرط شهر الزواج فى ظل حفل دينى يحضره كاهن يقوم بطقوس معينة ، لا يقصد فى الواقع سوى تفسير كل من قاعدة الاسناد التى تقرر اختصاص قانون محل ابرام الزواج بحكم مسائل الشكل ، وقاعدة الاسناد التى تقرر اختصاص القانون الشخصى بحكم المسائل الموضوعية فى الزواج ، وذلك ليتوصل إلى معرفة ما إذا كان هذا الشرط يتعلق بالشكل أم بالموضوع(١). وهو إذ يفسرها لا يفسرها إلا حسب أحكام قانونه الذى تشكل قاعدة الاسناد جزء منه(٢).

J. maury: Regles generales des conflits de lois R.C.A.D.I., 1936, T. III, P. 329 no 132 et s.

Ph. Francescakis: Une lecteure demeurée Fondamentale, Rev. Crit. dr. int. pr., 1982, P. 3.

أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ١٧٠ ومابعدها، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(١) فى تفصيلات تكييف هذا الشرط انظر حكم محكمة النقض الفرنسية:

Cour de Cass. (Ch. Civ., I^re^ sect.) 22 Juin 1955 Caraslanis C. dame Caraslanis, Rev. Crit. 1955. 723, note Batiffol, D, 1956, 73, note Charvrier, Journal des Juristes hellénes 1956, 217, note Francescakis.

Grand arrêts, no, 27, P. 214 - Spec. P. 220 no (B). (L'abjet de qualification).

(٢) أنظر:

H. Batiffol et Lagard: Droit international privé, 5 ^eme^ ed. T.I., no 293.

Lerebours- Pigeonniere et Loussouarn: Précis de droit international privé, 8 em ed., P. 426.

وانظر فى الفقه المصرى الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٣١ ومابعدها، الدكتور فؤاد رياض، الوسيط فى تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى، ط ١٩٩٤، ص ٦٠، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ٣٧٩، والدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٥٥، والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٩٣ - ١٩٤..

السند الثالث : تحقيق العدالة : إذ أن "قواعد التكييف ما هى إلا كالإطار المحدد لمجال تطبيق كل القواعد القانونية الأخرى لأنها تحدد معنى العلاقات القانونية فإنه من التناقض البحث أن نسمح بالتغيير والتبديل فيها كلما كانت العلاقة القانونية ذات عنصر أجنبى، إذ المال الواحد قد يعتبر منقولا أو عقارا فى نظر تشريعين مختلفين، فالأولى إذاً أن تكون له طبيعة واحدة، رغبة فى تحقيق العدالة على وجهها الكامل ، ولا يتم ذلك إلا بتطبيق قانون القاضى".(١)

السند الرابع : عملى : ويقوم على الواقع القضائى، فقد درجت المحاكم على إخضاع التكييف لقانون القاضى، وحده دون غيره ، ويسوقون من بين القضايا قضية شهيرة هى قضية ميراث المالطى.

وتتلخص وقائعها فى أن الزوجين "بارتولو" من جزيرة مالطة قد هاجراها وتوطنا بالجزائر . وبعد وفاة الزوج طالبت أرملته أمام محكمة استئناف الجزائر بحقها فى العقارات التى يمتلكها زوجها فى الجزائر ، وذلك حسب أحكام قانون جزيرة مالطة ، الذى يقرر نصيبا معينا لأحد الزوجين فى حالة وفاة الآخر ويسمى "بنصيب الزوج المحتاج" La quarte du conjoint pauvre .

ولقد ثار التساؤل : هل يدخل النصيب الذى تطالب به الزوجة فى فكرة النظام المالى للزواج ويحكمه بالتالى قانون الموطن الأول للزوجين، وهو القانون المالطى . أم يدخل فى فكرة الميراث ، ويخضع فى هذه الحالة لقانون موقع العقار وهو القانون

---

(١) أنظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ١٩٤.

الفرنسى السارى آنذاك فى الجزائر والتى كانت تعتبر جزءا من الاقليم الفرنسى .

وقد كيفت المحكمة المسألة بأنها تندرج تحت فكرة الميراث حسب احكام القانون الفرنسى ، قانون القاضى الذى ينظر الدعوى. ولما كان القانون الواجب التطبيق على الميراث فى العقارات هو قانون الموقع ، أى القانون الفرنسى ، فقد قضت برفض ادعاء الزوجة ، باعتبار أن هذا القانون لا يعترف بمثل هذا الحق (نصيب الزوج المحتاج) وقت صدور الحكم .(١)

السند الخامس : نفسى(٢): ذلك أن القاضى يتأثر بالضرورة وبحكم تكوينه الثقافى والقانونى بالمبادئ الواردة فى قانونه(٣). فقاعدة الاسناد ذاتها ، كما مضت الاشارة، قاعدة وطنية داخلية ، وتشكل جزءً من قانون القاضى ، وكل ما يلزم لاعمالها يلتمس بجانب ذلك القانون .

ولا يعكر صفو هذا "الجو الوطنى" تدخل قانون أجنبى حيث أن التكييف هو عملية أولية سابقة على إعمال قاعدة الاسناد والكشف عن إمكانية تطبيق قانون أجنبى . فقبل تمام الوصف

---

(١) Cour d'appel d'Alger 24 decembre 1889, Clunet, 1891, P. 1171.
والتعليق على الحكم فى :
Grand arrêt, op. cit., P. 61 et s. Spec. P. 67, no 6.

(٢) انظر:
J. Maury: Regles generales des conflits de lois, RCADI, 1936, Vol. 57, P. 460.

(٣) انظر:
E. Bartin: La doctorine des qualifications et ses rapports avec le coractêre national des régles du conflit des lois, RCADI, 1930, Vol. 31, P. 565 Spec. P. 593.
الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٦٠.

القانونى للمسألة المثارة لا يكون هناك قانونا آخر ينازع قانون القاضى اختصاصه ولا يمكن التكهن بهذا القانون حيث أن القاضى لم يعرفه بعد.[١]

نطاق تطبيق قانون القاضى فى التكييف :

لا يعنى وجوب الرجوع إلى قانون القاضى لتكييف الوقائع محل النزاع أن قانون القاضى يفصل فى كل الأوصاف القانونية الضرورية للفصل فى النزاع، وإنما يتحدد نطاق تطبيق هذا القانون بالاستثناءات الآتية:

أولا : التكييفات اللاحقة أو الثانوية :

يرى بارتان[٢] ويؤيده كثير من الفقهاء[٣] أن التكييف الذى يكون بمقتضى قانون القاضى، هو التكييف الأولى المبدئى أو الاختصاصى. وهو المراد لوضع العلاقة فى دائرة إحدى الفكر المسندة المكونة لقاعدة من قواعد الاسناد المعمول بها فى قانون القاضى فإذا ما تحدد بناء على ذلك اختصاص قانون أجنبى معين بحكم النزاع، تعين الرجوع إلى هذا القانون فى شأن كافة

(١) أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، علم قاعدة التنازع، المرجع السابق ، ص ٣٨٠.

(٢) انظر:
E. Bartin: Etudes des …….. op. cit., P. 231.

(٣) انظر مثلا:
H. Batiffol et Lagarde: Droit international privé, T.I. Paris, L.G.D.J., 1974, P. 379.
والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ١٣٥، والدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٤٠٦، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٦١ بند ٥٠، والدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٥٧.

التكييفات اللاحقة التى قد تعرض بمناسبة تطبيقه[١].

ذلك أن هذه الأخيرة ليس من شأنها تعديل هذا الاختصاص وإنما من شأنها فقط بيان كيفية إعمال القانون الأجنبى بالنسبة للمسألة التى تقرر فعلا خضوعها لحكمه[٢].

وخلاصة ذلك أن المسألة التى تدخل فى نطاق تطبيق قانون القاضى بشأن التكييف هى إدخال العلاقة القانونية تحت طائفة من طوائف العلاقات التى وضع بشأنها المشرع قاعدة من قواعد الإسناد[٣].

فإذا كنا مثلا بصدد علاقة تتصل بالتعهدات الاختيارية وتبين انها تتعلق بالشروط الموضوعية للتعاقد، وجب على القاضى تطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بالشروط الموضوعية للعقود ومن ثم يجب اعمال قانون إرادة المتعاقدين (المادة ١٩ مدنى) ليرجع بعد ذلك إلى هذا القانون لبيان ما إذا كان العقد عقد بيع أو ايجار أو غير ذلك، باعتبار أن هذه أوصاف لاحقة لازمة لتطبيق القانون الأجنبى لا لبيان اختصاصه بالفصل فى النزاع.

ويبرر هذا الاستثناء أنه إذا كانت سيادة الدولة قد سمحت بتطبيق قانون أجنبى فلا محل بعد ذلك للرجوع إلى القانون الوطنى[٤]. أو بعبارة أخرى أنه مادام اخضاع التكييف لقانون القاضى سببه عدم جواز الرجوع إلى قانون أجنبى لتحديد الإطار

---

(١) Bartin: op. cit.,P. 231.

(٢) نظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٦١ ، وكذلك:
Lerebours pigconniere et Loussouran: op. cit., P. 428.

(٣) انظر الدكتور عبد الحميد ابو هيف، المرجع السابق، ص ٢٨٩ - ٢٩٠ وهامش ٣.

(٤) انظر Bartin: Ibid.
والدكتور حامد ركى، المرجع السابق، ص ١٩٦

الذى يسمح فيه بتطبيق القانون الأجنبى لما فى ذلك من حد من سيادة القانون الوطنى، فإنه لا داعى حينئذ للاستمرار فى الرجوع إلى قانون القاضى مادام قد تم بيان اختصاص القانون الأجنبى.

انتقاد رأى بارتان:

يرى البعض، ونراه على حق، أنه لا مجال للتمييز بين التكييفات الأولية والتكييفات الثانوية، ذلك أن المقصود بالتكييف بالمعنى الدقيق هو تحديد طبيعة العلاقات فى النزاع المطروح لإدخالها فى نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التى تعين لها قواعد الاسناد اختصاصا تشريعيا معينا، فإن تم هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضى(١)، ومن ثم فإن التكييفات اللاحقة ليست تكييفا بالمعنى الدقيق للاصطلاح، بل هى من قبيل التفسير اللازم لحسن تطبيق القانون الذى حددته قاعدة التنازع(٢). فهى جزء لا يتجزأ من الحكم الموضوعى الذى يتضمنه القانون الواجب التطبيق(٣).

ثانيا : تكييف المال:

يرى بارتان أن ضمان الأمان القانونى والاستقرار للحقوق التى ترد على المال، يقتضى استثناء وصف المال من حيث كونه عقارا أو منقولا من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضى،

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى، تعليقا على نص المادة ١٠
(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٤٠١، وكذلك تعليق:
P. Arminjon: Précis de droit international privé, T.I., 3 eme. Ed., 1947, P. 337.
E.G Lorenzen: Selected articles on the confict of laws, New Haven, Yale Univ. Press, 1947, P. 100 Spec. P. 115 , 128 - 135.
F Rigaux La Théorie des qualification, Thése, no 129.
(٣) الدكتور فؤاد رياض، ، الوسيط فى تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى، ص ٦٢ بند ٥٠.

ليخضع بدلا من ذلك لقانون موقعه، لاسيما وأن القاعدة العامة فى تحديد القانون واجب التطبيق هى اخضاع المنازعات المتعلقة بالمال لهذا القانون[١].

وعلى ذلك فإذا كان تشريع موقع المال يجعل المنقول محل النزاع عقارا بالتخصيص أو عقارا خالصا بالمخالفة لقانون القاضى، فالعبرة بما ورد فى قانون الموقع.

انتقاد رأى بارتان :

نرى مع جمهور كبير من الفقهاء انتقاد القول باستثناء تكييف المال من قاعدة اخضاع التكييف لقانون القاضى ذلك:

١ - أن إخضاع تكييف الأموال لقانون موقعها ينطوى على مصادرة على المطلوب. فالتكييف عملية أولية سابقة على معرفة القانون الواجب التطبيق فلا يتصور والحال كذلك اخضاع المال لقانون موقعه فى حين أنه يلزم أولا تحديد طبيعة ذلك المال للتوصل إلى معرفة قاعدة الاسناد وهو ما يؤدى بعد ذلك إلى معرفة القانون واجب التطبيق عليه[٢]. لاسيما وأن من التشريعات

---

(١) انظر :

E. Bartin: La doctorine des qualification et ses rapports avec la carctére national des regles de conflits de lois, op. cit., P. 598.

(٢) وهو انتقاد قديم فى الفقه الفرنسى. انظر:

J.P. Niboyet: Cours de droit international privé Français, Paris, Sirey, 2^{em} ed., 1949, P. 461.

وكذلك :

F. Ririgaux: op. cit., no. 129.

وانظر فى تأييده الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٦٣ ، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٩٩، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٢٩.

ما يميز بين العقار والمنقول فيخضع الأول لقانون الموقع بينما يخضع الثانى لقانون آخر من ذلك أن المشرع الفرنسى يخضع الميراث فى العقار لقانون موقعه وفى المنقول لقانون موطن المتوفى. ومن ثم يصير ضروريا تحديد ما إذا كان المال عقارا أو منقولا حتى يمكن تعيين قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق ، وهو ما لا سبيل اليه إلا بالاستعانة بقانون القاضى.

٢ - أنه يصعب الأخذ بالقول بأن وصف المال يخضع لقانون موقعه فى الحالات التى يتوزع فيها المال فى اقاليم دول تختلف فيها الأوصاف القانونية لمحل النزاع[١]، وفى الحالات التى يكون فيها محل النزاع مالا معنويا ليس له حيز مكانى ويتحدد موقعه فى كل دولة وفقا للمبادئ القانونية السائدة فيها، وكذا فى الحالات التى يكون فيها المال محل النزاع دائم التنقل كالسفن والطائرات[٢].

٣- أن إخضاع الوصف لقانون القاضى أمرٌ لا مناص منه لاسيما فى الحالات التى يختلف فيها القانون واجب التطبيق على العقار عن ذلك الذى يجب أن يطبق على المنقول لأن القول بغير ذلك يؤدى إلى اهدار قاعدة الاسناد الوطنية التى يتحدد نطاقها وتفسيرها وفقا للقانون الوطنى - وإدراج العلاقة تحت قاعدة اسناد غير التى كان يجب تطبيقها ومن ثم تغيير القانون الواجب التطبيق وكذا حل النزاع - كما لو طبقنا قاعدة الاسناد الخاصة بالعقار على مال يرى المشرع الوطنى وصفه بالمنقول، فيطبق قانون الموقع

---

(١) انظر Arminjoin: op. cit., P. 326.

(٢) انظر : Lerbours pigeonniere et Loussouaran, op. cit., no. 261.

بدلا من تطبيق قانون الإرادة(١).

ثانيا : نظرية تطبيق القانون المختص بحكم النزاع:

نشأة النظرية ومضمونها:

ردا على نظرية تطبيق قانون القاضى دعى الفقيه الفرنسى "دسبانييه" إلى إخضاع الوصف القانونى للعلاقة محل النزاع للقانون الذى يحتمل أو يرجح تطبيقه للفصل فيه. أى للقانون الذى يرجح أن ترشد إليه قاعدة الإسناد(٢).

وعلى ذلك فإذا عرض على القاضى الفرنسى نزاع بشأن زواج يونانيين من طائفة الروم الأرثوذكس تم فى الشكل المدنى المتبع فى فرنسا بينما لا يقره القانون اليونانى، واثيرت مسألة صحة الزواج لعدم تدخل رجل الدين، فإن احتمال تطبيق القانون اليونانى باعتباره قانون جنسية الطرفين يوجب القضاء ببطلان الزواج باعتبار أن القانون اليونانى لا يعتبر تدخل رجل الدين شرطا شكليا مما يخضع لقانون محل الابرام بل شرطا موضوعيا مما يخضع لقانون الجنسية(٣).

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٦٤، بند ٥٢.

(٢) F. Despanget: Des conflit de lois relatifs à la quàlification des rapports juridique, clunet 1898, P. 253 et s.

وفى تأييده:

M. Wolff: Private international law, 2nd ed. Oxford, 1950, Spec. P. 155.

(٣) وهى قضية تعرف بقضية كاراسلانيس.

Cass. Civ., 22 Juin 1905 Dalloz, 1906, P. 73 note Chavrier.

الاسانيد التى تقوم عليها النظرية:

السند الأول: أن الاسناد إلى القانون واجب التطبيق اسناد اجمالى:

ذلك أن اختيار قانون من القوانين لحكم النزاع يقع اختيارا كليا واعترافا بسلطان كامل للقانون المختار على العلاقة محل النزاع بما فى ذلك ما يخص وصفها القانونى، لأن القول بغير ذلك يقلل من فرص تطبيق القانون الأجنبى ويتعارض مع وظيفة قاعدة الاسناد فى تحقيق التعايش بين النظم القانونية(١).

السند الثانى: احترام إرادة المشرع الأجنبى:

ذلك ان عدم الرجوع للقانون الأجنبى المختص بحكم النزاع لتكييف المسألة قد يؤدى الى مخالفة هذا القانون بتطبيقه فى غير الحالات التى اراد المشرع الأجنبى تطبيقه فيها(٢)، أو يؤدى على العكس إلى عدم تطبيقه فى الحالات التى يجب أن يطبق فيها، ومن ثم يتضح أن ترك التكييف للقانون واجب التطبيق فيه ضمان لصحة تطبيق هذا القانون الأخير.

مثال ذلك ما أشرنا إليه بشأن قضية زواج اليونانيين الارثوذكس فى فرنسا فى الشكل المدنى حيث نجد خلاف بين القانونين الفرنسى واليونانى فى وصف الشرط محل النزاع وهو

---

(١) انظر:

Despanget: op. cit., P. 262.

وعرض الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

(٢) انظر :

Despanget. Op. cit., P. 262.

ما يترتب عليه اختلاف قاعدة الاسناد التى يطبقها القاضى وبالتالى ما يقضى به فى النزاع.

ومثال ذلك أيضا أنه إذا صنفت المسألة محل النزاع كقيد على الأهلية وفق قانون القاضى الذى يخضع الأهلية لقانون جنسية الشخص، ثم تبين أن قانون الجنسية يصنفها ضمن مسائل الشكل الذى يفرغ فيه التصرف وبالتالى يخضعها لقانون محل الابرام فإن الاستمرار من القاضى فى اعتبار المسألة من مسائل الأهلية وفقا للأوصاف القانونية المعروفة فى قانونه من شأنه تطبيق القانون الأجنبى على مسألة يعتبرها مشرع هذا القانون خارجة عن نطاق تطبيقه[١].

السند الثالث: أن إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع يتلافى النتائج غير العادلة التى يقود إليها اجراء التكييف حسب قانون القاضى ، خصوصا إذا كانت المسألة القانونية المعروضة يعترف بها وينظمها القانون الاجنبى المختص فى حين أن قانون القاضى يجهلها . ففى قضية ميراث المالطى ، لو كيف القاضى الفرنسى (نصيب الزوج المحتاج) حسب أحكام القانون المالطى ، لتوصل الى اعطاء هذا النصيب للزوجة.[٢]

---

(١) انظر.

Despanget: Op. Cit.. P 262

فى تعليقه على قضية مشهورة بقضية "وصية الهولندى"، وهى وصية بخط اليد حررها هولندى يعيش فى فرنسا، بينما كان يمتنع على الهولنديين وفقا للمادة ٩٩٢ من القانون المدنى الهولندى الإيصاء على هذا النحو ولو فى الخارج

(٢) انظر الدكتور حمد عبد الكريم ، المرجع السابق. ص ٣٨٣

انتقاد رأى دسبانية:

على الرغم من قوة منطق هذه النظرية التى تخالف رأى بارتان القائل بأن إعطاء الوصف القانونى للمسألة يعد جزء لا يتجزأ من قاعدة الاسناد الوطنية ، وأن عدم تكييف النزاع وفقا لقانون القاضى من شأنه خرق قاعدة الاسناد وتطبيقها على حالات لم يقصد المشرع الوطنى تطبيقها عليها على سند من قول دسبانية أن إعطاء الوصف القانونى للمسألة يعد جزء لا يتجزأ من القاعدة الموضوعية التى يتضمنها القانون الاجنبى المختص بحكم النزاع، وأن عدم تكييف العلاقة وفقا لهذه القاعدة فيه خرق للقانون الأجنبى وتطبيق له بصدد حالات لم يقصد المشرع الأجنبى تطبيقه فيها(١). إلا أن هذا المنطق لا يصمد أمام الانتقادات الآتية:

١ - أن التكييف عملية سابقة على إعمال قاعدة الاسناد من حيث التعاقب الزمنى، فلا يمكن تطبيق قاعدة الاسناد والتعرف على القانون واجب التطبيق قبل الفراغ من عملية الوصف ومن ثم فلا يمكن إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة مادام هذا القانون لا يتعين إلا بإعمال قاعدة الاسناد(٢).

وبعبارة أخرى فإن التكييف عملية أولية لا سبيل الى الاهتداء الى القانون الواجب التطبيق بدونها ، إذ هى التى تبين

---

(١) انظر رسالة F. Rigaux: op. cit., no. 87, P. 41

(٢) انظر الدكتور ماهر السداوى، المرجع السابق، ص ٦٢، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٨٣، والدكتور سامى بديع منصور، القانون الدولى الخاص، الدار الجامعية، ١٩٩٧، ص ٩٠.
وفى التقليل من شأن هذا النقد انظر رسالة:
F. Rigaux, op. cit., no 87, P. 41.

طبيعة المسألة محل النزاع وتضعها ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية التى خصها المشرع بقاعدة اسناد.[١]

٢ - أن هذه الفكرة تؤدى الى نتائج غير مقبولة فى العلاقات الخاصة الدولية عندما يجهل القانون الواجب التطبيق المسألة محل النزاع.

ثالثا : نظرية تطبيق القانون المقارن:

نشأة النظرية ومضمونها:

ازاء الانتقادات التى وجهت للنظريتين السابقتين دعى الفقيه الالمانى "ارنست رابل" عام ١٩٣١ [٢] إلى عدم التقيد بالمفاهيم الواردة بقانون القاضى والقانون المحتمل التطبيق ووجوب الرجوع بدلا من ذلك إلى مفاهيم عالمية موحدة للأفكار المسندة يتم استخلاصها باتباع منهج البحث المقارن للقوانين.

الأساس الفنى للنظرية :

تقوم النظرية على أساس أن قواعد الاسناد وقد وضعت لتنظيم علاقات ذات طبيعة دولية قد تؤدى الى تطبيق النظام القانونى لأى دولة، ومن ثم فإنه مما يتفق مع طبيعة العلاقات التى تنظمها وطبيعتها الخاصة وما قد تؤدى إليه، أن يتحدد مضمون هذه القواعد وفق مفاهيم عالمية موحدة.

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٩٤.

(٢) انظر مقاله المنشور فى مجلة القانون الدولى الالمانية

E. Rabel : Das problem der qualifikation, Zeitschrift, 1931, P. 241.

وترجمته الفرنسية المنشورة بمجلة Clunet ١٩٣٣ ص ١ ومابعدها.

النقد الموجه للنظرية:

لم تسد هذه النظرية لدى القضاء نظرا لما تنطوى عليه من صعوبة كبيرة فى التطبيق . فمن العسير من الناحية العملية أن يقوم القاضى المطلوب منه تكييف مسألة معينة بالرجوع الى قوانين الدول المختلفة ليستمد منها الوصف القانونى الملائم إذ فضلا عن المشقة الفائقة التى تنطوى عليها هذه العملية، فإن اختلاف النظم القانونية حول الوصف القانونى للكثير من المسائل قد يؤدى بالقاضى إلى نتائج متضاربة ، ولن يجد القاضى فى الكثير من الأحيان عونا كافيا من الدراسات الفقهية للقانون المقارن، فدراسات القانون المقارن لم تتعد بعد فى الغالب من الحالات مرحلة العموميات بحيث لا يتسنى للقاضى أن يستمد منها حلا واضحا لمسألة محددة مطروحة أمامه.[١] هذا فضلا عن صعوبة تخلى القاضى عن تكوينه الثقافى والنفسى المتأثر بالقانون الوطنى والظروف المحيطة به اجتماعيا[٢].

المطلب الثانى

موقف الفقه والقضاء والتشريع من نظرية الأوصاف القانونية

وإن صح القول بصعوبة مواجهة الواقع الدولى بوسائل مستمدة فقط من النظام القانونى الوطنى وبحلول تهدف إلى تلبية حاجات مجتمع داخلى يتميز بالتجانس، فضلا عن أن المفاهيم

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٦٧

(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٨٦ - ٣٨٧، وكذلك Arminjon op. cit . P 345

والأوصاف القانونية المعروفة فى القانون الوطنى للقاضى قد لا تتضمن وصف للمسألة محل النزاع، إلا أن الراجح لدى الفقهاء(١) هو الأخذ بنظرية تطبيق قانون القاضى، وهو ما تؤيده أحكام القضاء فى الكثير من البلدان من ذلك مثلا أن محكمة الاستئناف المختلطة وقبل أن يصدر التشريع المدنى المصرى الحالى قد قضت بذلك فى قضية تعرف بقضية البرنس محمد جمال الدين حين فصلت فى نزاع حول وصف ما قدمه الزوج لزوجته من هدايا هل يعد من قبيل النظام المالى للزواج وفق مفاهيم القانون الانجليزى (قانون جنسية الزوجة والقانون الذى يحكم شكل العقد) أم من قبيل الهبة وفق مفاهيم الشريعة الإسلامية (قانون القاضى) حيث اعتمدت المحكمة الوصف الأخير(٢).

ومن ذلك أيضا أن محكمة النقض الفرنسية مازالت تتبع نفس النظرية فى أحكامها التى منها حكمها الصادر عام ١٩٨٠ (٣) بشأن وصف الزواج الثانى الذى وقع فى الجزائر.

وهو ما يرجحه المشرع الوطنى فى كثير من الدول بنص صريح على نحو ما ورد بنص المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن "القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها".

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ١٩٢ ومابعدها، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٣١ ومابعدها.

(٢) انظر تفصيلات الحكم لدى الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(٣) Cass. Civ. 3 jan., 1980, Dame Bendeddouche C. dame Boumaza, Rev. Crit. Dr. int. pr. 1980, 331, note Batiffol, Clunet, 1980, 327 note Simon- Depitre

ونص المادة ١١ من القانون المدنى السورى والمادة ١٠ من القانون المدنى الليبى والمادة ١٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة.

ولا يختلف فكر فقهاء الشريعة الإسلامية مع فكر غالبية فقهاء القانون الوضعى إذ يخضع التكييف أو الوصف القانونى لقانون القاضى أى للشريعة الإسلامية أو ما تسمح بتطبيقه من الشرائع سواء منهم من قال بأن الحكم فى المسائل ذات الطبيعة الخاصة الدولية لا يكون إلا بتطبيق الشريعة الإسلامية، أى وفق أسلوب القواعد الموضوعية[١]، أم من قال بإمكان تطبيق الشرائع الأجنبية فى هذه الأحوال الشخصية، ذلك أن تفسير أقوال الفقهاء فيما يتعلق بوجوب الرجوع إلى الشرائع الخاصة بغير المسلمين لتحديد صحة بعض الأوصاف، مثلما هو الشأن فى النكاح بغير شهود أو بغير ولى أو أثناء العدة[٢] أو بدون مهر[٣]، أو بالرجوع إلى الشريعة التى يدين بها الموصى لمعرفة من يجوز الإيصاء له، إنما هو تطبيق لقواعد الإسناد التى يلزم قبل التوصل إلى معرفتها وصف العلاقة محل النزاع وهو ما لا يتأتى إلا بتطبيق الشريعة الإسلامية وما تسمح بتطبيقه من شرائع ملية وطائفية باعتبارها قانون القاضى.

وهنا يثور السؤال حول المقصود بالقانون المصرى الذى

---

(١) انظر ص ١٣٤ من هذا المؤلف.

(٢) انظر مثلا شرح فتح القدير. على الهداية شرح بداية المبتدى، طبعة البابى الحلبى، ١٩٧٠، جـ٣ ص ٤١٥.

(٣) انظر الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، أساليب فض تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، بند ٢٧، ص ٤٠ ومابعدها وبند ٨٨، ص ١٠٥ وما بعدها.

يرجع إليه القاضى فى التكييف فى وقتنا الحاضر إعمالا للمادة ١٠ من القانون المدنى ؟

والمقصود بقانون القاضى الذى يرجع إليه فى التكييف ، هو القانون المصرى فى جملته أيا كان مصدر القواعد القانونية ؛ فإذا تضمنت النصوص التشريعية تكييفا للمسألة المطروحة التزم القاضى بهذا التكييف فإن لم يكن هناك نص كان عليه أن يلجأ فى التكييف إلى مصادر القانون الأخرى التى حددتها المادة الأولى من القانون المدنى وهى العرف والشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعى والعدالة .(١)

ولكن هل يمكن للقاضى الاستئناس بالقانون الاجنبى ؟

للقاضى أن يستأنس بالقانون الأجنبى الذى يتمسك الخصوم بتطبيقه ليكشف عن المعالم الاساسية للعلاقة المطروحة حتى إذا ما تحددت هذه المعالم أمكن ردها إلى طائفة من المسائل القانونية التى خصها المشرع المصرى بقاعدة من قواعد الإسناد.(٢)

على أنه إذا كانت الواقعة المطروحة تتعلق بإحدى مسائل الأحوال الشخصية التى نظمها المشرع بنصوص خاصة كالميراث والوصية والأهلية والولاية على المال وجب الرجوع الى هذه النصوص فى التكييف بغض النظر عن ديانة الخصوم أما إذا كانت الواقعة المطروحة - متعلقة بالأسرة كالزواج والطلاق فالرأى السائد هو الرجوع فى تكييفها إلى الشريعة الإسلامية

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ . وانظر المذكرة الايضاحية للقانون المدنى ، الجزء الأول من الاعمال التحضيرية ص ٢٣٣.
(٢) أنظر الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ص ١٥٦.

باعتبارها الشريعة العامة إلا إذا كان المشرع قد سمح بتطبيق قواعد طائفية او ملية أخرى بالنسبة لغير المسلمين ، فيرجع إليها فى ضوء المبادئ والأفكار السائدة فى الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة الواجبة التطبيق فى جميع مسائل الأحوال الشخصية.[١]

(١) انظر المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الصادرة بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٢

الفصل الثالث

مشكلات تطبيق القانون الأجنبى

بينا فيما سبق أن قواعد الإسناد الوطنية تضطلع بتحديد ون الواجب التطبيق فى العلاقات ذات الطابع الدولى . فإذا ما ارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة القاضى فأنه يتعين لى القاضى الوطنى تطبيق القواعد الموضوعية فى قانونه لتوصل إلى الحل النهائى للنزاع. أما إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون غير قانون دولة القاضى فإن السؤال يثور حول كيفية التوصل إلى الحل النهائى للنزاع. إذ لا يكفى للتوصل إلى هذا الحل معرفة القانون الأجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية ، بل يتعين فضلا عن ذلك تحديد القواعد الواجبة التطبيق فى هذا القانون . فمن المعلوم أن القانون الأجنبى يتضمن - أسوة فى هذا الصدد بالقانون الوطنى - نوعين من القواعد - قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق فى المنازعات ذات الطابع الدولى ، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائى للنزاع . ومن ثم يتعين معرفة ما إذا كانت مهمة القاضى الوطنى تقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى للتوصل إلى الحل النهائى للنزاع أم أنه على العكس من ذلك يتعين على القاضى الوطنى الانصياع إلى ما تقضى به قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى.(١) وتلك هى المشكلة الأولى التى يطلق عليها مشكلة الإحالة أو مشكلة تنازع قواعد الإسناد.

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، اصول تنازع القوانين ، ص ١٠٤

فإذا انتهى القاضى إلى حل بشأن مشكلة الإحالة ، وبدأ فى تطبيق القانون الأجنبى فقد يواجه بمشكلة أخرى تتلخص فى تعارض القواعد القانونية الأجنبية مع المبادئ والأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى فى دولته وهو ما قد يشكل عائق أمامه فى تنفيذ القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد وهى المشكلة المعروفة اصطلاحا بالدفع بالنظام العام . فإذا لم يكن القانون الأجنبى مخالفا للنظام العام فإنه قد يكون قد تم التوصل إليه بموجب قاعدة إسناد غير واجبة التطبيق على الحقيقية ، وإنما طبقت حين ادخل أطراف العلاقة الغش على القاضى بالتغيير فى ضوابط الإسناد بقصد تغيير القانون الواجب التطبيق ، وهنا يواجه القاضى مشكلة أخرى تعرف اصطلاحا بالدفع بالغش نحو القانون.

وهو ما نعرض له تفصيلا على النحو الآتى:

المبحث الأول : الإحالة أو تنازع قواعد الإسناد.

المبحث الثانى : مخالفة القانون الأجنبى للنظام العام .

المبحث الثالث: الغش نحو القانون .

المبحث الأول

الإحالة أو تنازع قواعد الإسناد[١]

قد يظن أن كل الصعوبات لا محالة زائلة متى وصلنا إلى معرفة القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية المطروحة أمام المحكمة ولكن هذا بالأسف ظن غير صحيح وذلك لأنه ، بعد أن يتقرر القانون الأجنبى الواجب تطبيقه ، يصح التساؤل من جديد عن هذا القانون وما المقصود به؟[٢]

ذلك أنه من المعلوم أن القانون الأجنبى يتضمن - أسوة بالقانون الوطنى - نوعين من القواعد :

قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق فى المنازعات ذات الطابع الدولى ، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائى للنزاع .[٣]

وقد تختلف قواعد الإسناد من دولة إلى دولة وبخاصة فى مواد الأحوال الشخصية ، إذ بينما يخضعها البعض لقانون الجنسية يخضعها البعض الآخر لقانون الموطن . ومتى وجد هذا الاختلاف، وكانت قواعد الإسناد مزدوجة الجانب ، أى تحدد حالات تطبيق القانون الوطنى وكذلك حالات تطبيق القانون الأجنبى ، أمكن وقوع التنازع بين قواعد الإسناد فى القانون

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص المصرى، طبعة ١٩٥٥، ص ١٣٢، ويلاحظ أن سيادته عالج هذه المسألة ضمن مسائل كيفية إعمال قواعد الإسناد بينما نعالجها هنا ضمن مشكلات تطبيق القانون الأجنبى.

(٢) أنظر الدكتور عبد الحميد ابو هيف : المرجع السابق ، ص ٢٩٢.

(٣) أنظر الدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٤.

الوطنى وبين قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى.[١]

وقد يأخذ هذا التنازع احدى صورتين :

التنازع الايجابى : وفيه تقرر قاعدة الإسناد فى كل من القانونين الوطنى والأجنبى الاختصاص التشريعى لقانونها .

ومثال ذلك تنازع قاعدتى الإسناد فى كل من القانون المصرى والقانون البريطانى بشأن ميراث مصرى متوطن فى انجلترا. إذ تقضى قاعدة الإسناد فى القانون المصرى بتطبيق القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المتوفى ، بينما تقضى قاعدة الإسناد فى القانون البريطانى بتطبيق القانون البريطانى باعتباره قانون موطن المتوفى (على الأقل بالنسبة للميراث فى المنقول).

ولا يثير هذا النوع من التنازع أية صعوبة إذ أن القاضى لا يأتمر ألا بأمر المشرع الوطنى فى الدولة التى يجلس فيها للقضاء، ومن ثم فلو كان القاضى مصريا فسيطبق قاعدة الإسناد المصرية وبالتالى يطبق القانون المصرى على ميراث المتوفى رغم توطنه بأنجلترا ، أما لو كان القاضى انجليزيا فسوف يطبق القانون الانجليزى بالرغم من أن المتوفى يحمل الجنسية المصرية.

التنازع السلبى : وفيه تقرر قاعدة الإسناد فى كل من القانونين الوطنى والأجنبى الاختصاص التشريعى لقانون القاعدة

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، ط ١٩٨٦ ، ص ١٤١ ، وانظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٢٠٧ بند ٨٨.

الأخرى أو لقانون ثالث .[١]

ومثـال ذلـك تنـازع قاعـدتى الإسـناد فـى كـل مـن القـانون المـصرى والقـانون البريطـانى بـشأن أهليـة بريطـانى متـوطن فـى مـصر. إذ بينمـا تقضـى قاعـدة الإسـناد فـى القـانون الانجليـزى بـأن الحكم فى الأهلية يكون من شأن قانون مـوطن الـشخص ، وبالتـالى يكون القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق باعتباره قانون موطنه ، نجد قاعدة الإسناد فى القـانون المـصرى تقضـى بخـضوع أهليـة الـشخص لقـانون جنـسيته ، أى أن القـانون الانجليـزى هـو القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى جنسيته البريطانية .

وظـاهر مـن هذا المثـال أن كـل قاعـدة مـن قاعـدتى الإسـناد المتنـازعتين تلقـى الاختـصاص بحكـم العلاقـة علـى قـانون القاعـدة الأخرى. إلا أن هذا لا يحدث دائما وإنما قد يحدث أن تلقـى احـدى هـاتين القاعـدتين الاختـصاص بحكـم العلاقـة علـى قـانون القاعـدة الأخرى فتلقيه هذه بدورها على قانون ثالث .

ومثـال ذلـك ان يعـرض علـى القاضـى المـصرى نـزاع فـى أهلية بريطانى متوطن فى ايطاليا ، وهنا تقضـى قاعدة الإسناد فـى القانون المصرى بتطبيق القانون البريطانى باعتباره قـانون جنسية الـشخص ، بينمـا تقـضى قاعـدة الإسـناد فـى القـانون البريطـانى بتطبيق القانون الإيطالى باعتباره قانون موطن الشخص .

فمن هذه الأمثلة يتضح أنه فى حالة التنازع السلبى فيمـا بين قواعد الإسناد تتلخص المشكلة فى السؤال الآتى: إذا عرض نـزاع

---

(١) انظر فى ظهور فكرة التنازع السلبى:
Cass. (Ch. Civ.) 24 Juin 1878. (Forgo C. Administration) Grand Arrêts, op. cit., P. 58.
وانظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ١٤٢.

على قاض وقضت قاعد الإسناد فى قانونه بتطبيق قانون أجنبى معين ، ولكن هذا القانون رفض حكم العلاقة (بمقتضى قواعد الإسناد فيه) وأحالها على قانون ذلك القاضى مرة أخرى أو على قانون أجنبى آخر، فهل يقبل ؟

والواقع أن البت فى هذه المسألة أمر جوهرى ليس من الناحية النظرية فحسب ، بل أيضا من الناحية العملية نظرا لما قد يترتب على ذلك من تغير فى الحل النهائى للنزاع .(١)

وقد أثارت هذه المشكلة خلافا كبيرا فى الفقه والقضاء بحيث وجد اتجاهين فى هذا الشأن .

إذ ذهب فريق أول إلى أنه يتعين على القاضى وهو يطبق القانون الأجنبى المختص بحكم العلاقة (وفقا لقاعدة الإسناد فى قانونه) أن يبدأ بقواعد الإسناد فيه ويأخذ بما تقضى به من أحالة حكم العلاقة إلى قانونه (أى قانون القاضى) أو إلى أى قانون أجنبى آخر ، وهؤلاء هم أنصار فكرة الإحالة - التى هى فى حقيقتها - إسناد من القانون الأجنبى لقانون القاضى الذى ينظر النزاع أو لقانون آخر .(٢)

بينما يذهب فريق آخر إلى أنه يتعين على القاضى تطبيق القانون الأجنبى المختص بحكم العلاقة فى قواعده الموضوعية دون قواعد الإسناد فيه(٣) ، وهؤلاء هم رافضو فكرة الإحالة.

وبعبارة أخرى، اختلفت وجهة النظر بشأن حل التنازع بين قواعد الإسناد على وجهين :

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، اصول تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٤.
(٢) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٤٣.
(٣) المرجع السابق .

الأول: أن يصرف النظر كلية عن حكم قاعدة الإسناد الأجنبية ، فيطبق القاضى القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد فى قانونه الوطنى .

والثانى: أن نعتبر حكم قاعدة الإسناد الأجنبية فنخضع العلاقة للقانون الذى تشير إليه هذه الأخيرة وإن أدى ذلك إلى حل النزاع على وجه مخالف لما كان سينتهى إليه.

وعلى ذلك يعرف البعض فكرة الإحالة بأنها "تلك الفكرة التى تقضى بتطبيق قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا".(١)

ويعرفها البعض الآخر بأنها "تلك النظرية التى تقول بوجوب الأخذ بأحكام قواعد الإسناد فى التشريع الأجنبى الذى أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الوطنية ، متى كانت أحكام الإسناد مختلفة فى التشريعين.(٢) ونحن نفضل التعريف الأول لدقة ألفاظه وتعبيره الدقيق عن المشكلة.

ونظرية الإحالة قديمة طبقتها المحاكم فى مختلف البلدان من عهد بعيد، ومع ذلك فلم تبدأ عناية الفقه ببحثها بشكل واضح الا فى سنة ١٨٧٤ على اثر صدور حكم محكمة النقض الفرنسية فى قضية اشتهرت بقضية فورجو Forgo وتتلخص ظروف هذه القضية فى أن "فورجو" وهو ولد طبيعى متمتع بالجنسية البافارية أقام فى فرنسا منذ سن الخامسة حتى وفاته تاركا وراءه ثروة منقولة جديرة بالاعتبار بغير وارث ظاهر، فطالبت الحكومة الفرنسية بتركته باعتبارها مالكة للأموال التى لا مالك لها وفقا

---

(١) وهو تعريف الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٤٤.
(٢) أنظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧.

للمادة ٧١٣ مدنى فرنسى، ونازعها فى ذلك حواشى المتوفى الطبيعيون (وهم الأخوة والأخوات والأعمام والعمات). فلما عرض الأمر على المحاكم الفرنسية وجدت أن قاعدة تنازع القوانين الفرنسية تخضع الميراث فى المنقولات لقانون موطن المتوفى ، والمتوفى هنا، لم يكتسب موطنا فى فرنسا إذ ظل محتفظاً بموطنه القانونى فى بافاريا فلم يطلب إذنا بالتوطن فى فرنسا. وعلى ذلك فالقانون البافارى هو الواجب التطبيق، ولكن التساؤل الذى ظهر آنذاك كان هو : فى أى جزء من أجزائه ، هل تطبق القواعد الموضوعية المتعلقة بالمواريث أو قواعد تنازع القوانين التى تقرر أن الميراث فى الأموال المنقولة يتم وفقا لقانون الموطن الفعلى للمتوفى، وهو هنا فرنسا، إذ لم يكتسب فيها موطنا قانونيا كما قدمنا . فإذا طبقنا القواعد الموضوعية فى القانون البافارى نكون قد احترمنا قاعدة التنازع الفرنسية ، ولكن إذا طبقنا القانون الفرنسى فأننا قد أخذنا بنظرية الإحالة، وغلبنا حكم قاعدة الإسناد الأجنبية على قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا هو ما انتهى إليه حكم محكمة النقض الفرنسية .(١)

وإذا كانت الإحالة فى المثل السابق الذكر قد أدت إلى تطبيق قانون القاضى. مما كان له بلاشك أثره فى قبول المحكمة لفكرة الإحالة إلا أن منطق هذه النظرية قد يؤدى كذلك كما سبق البيان إلى تطبيق قانون دولة ثالثة بدلا من قانون القاضى. فلو فرضنا أن الموطن الفعلى للمتوفى فى قضية فورجو السالفة الذكر وجد

---

(١) Cass. Civ. 24 Juin 1878 et Cass. Req. 22 Fev. 1882 (Forgo C. Administration des Domaines) Grands arrêts, op. cit., no 7-8, P. 52 et 53.

وهناك تطبيقات أحدث لنظرية الاحالة فى القضاء الفرنسى منها:

Cass. Ch. Civ., 7 Mars 1938 De Marchi, Rv. Crit., dr. int. pr. 472 note Batiffol et Grands arrêts, op. cit., no. 16, P. 125.

بـانجلترا لتعين حينئذ تطبيق القـانون الانجليـزى بـدلا مـن قـانون القاضـى.[١]

وإذ أثـارت هـذه القـضية كثيـراً مـن الجـدل الفقهـى وانقـسم الفقهاء بشأنها إلى فريقين . نــرى أن نعـرض لـرأى كـل فريـق وأدلته فى مطلب مستقل فيمايلى:

المطلب الأول

تطبيق قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى

لمـا كانت قاعدة الإسناد الوطنيـة تقتصـر علـى الإشـارة إلـى القانون الواجب التطبيق دون أن تعنى بتحديد ما اذا كـان المقصـود بهـذه الإشــارة هـو قواعـد الإسـناد فــى هـذا القـانون أم القواعـد الموضوعية فيه، فقد رأى فريق من الفقهـاء أن هذه الإشـارة يجب أن تفهم على انها إسناد إجمالى للقانون الأجنبى ، بمعنى أنه يتعين على القاضى.، إذا ما أشارت قاعدة الإسناد فى قانونـه إلـى قـانون أجنبـى معـين ، البـدء بتطبيـق قواعـد الإسـناد فـى هـذا القـانون.[٢] وتطبيق القانون الذى تشير إليه.

الأسانيد المؤيدة للأخذ بالإحالة :

استند أنصار هذه النظرية إلى العديد من الحجج أهمها :

١ - احترام إرادة المشرع الأجنبى :

إذ أن لكـل دولـة الحريـة فـى تحديـد نطـاق تطبيق قانونهـا أو

---

(١) انظر:
Derruppé: plaidoyer pour le renvoi, Trav. Comité. Fr. Dr. int. pr. 1964 – 1966. P. 181 ets., Spec. P. 192.
وكذلك الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٠٦.

(٢) انظر المرجع السابق ، ص ١٠٧.

تفضيل القانون الأجنبى فى الأحوال وفى الفروض التى تراها مناسبة[١]. فإنه من غير المقبول تطبيق القواعد الموضوعية التى يتضمنها قانون دولة أجنبية رغم إرادة المشرع فى هذه الدولة. أى بشكل مخالف لقواعد الإسناد التى أصدرها[٢].

كما أن ذلك يعد تدخلا من القاضى الوطنى فى وظيفة المشرع الأجنبى إذ أنه يحدد للقانون نطاقا لا يجيزه هذا المشرع وفى ذلك اعتداء على حق الدولة الأجنبية فى تحديد سيادتها التشريعية"[٣].

فكما أسلفنا بشأن خصائص قواعد الإسناد أنها قواعد مزدوجة الجانب ومن ثم فهى التى تتكفل بتحديد مجال تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الوطنى للقاضى المعروض عليه النزاع ، ومجال تطبيق القوانين الأجنبية بشأن العلاقات ذات العنصر الأجنبى. وكما يصدق هذا الوصف بالنسبة لقاعدة الإسناد فى قانون القاضى يصدق بالنسبة لقاعدة الإسناد فى القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد فى القانون الأول ، لأن التشريع الأجنبى يكون فى الحقيقة وحدة لا تتجزأ تتركب من

---

(١) انظر :

Niboyet: Cours......, Précité, 475.

وكذلك : الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٢) انظر:

Von Bar: Theorie und praxis des internationalen privatrecthts, 2 ed. 1889 T.I, P. 278, Westlake: Traité de droit international privé, 5 e ed., 1914, P. 38.

انظر الدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٢.

(٣) انظر المراجع السابقة والتعليق على حكم فورجو فى :

Grands arrest, op. cit., P. 58.

قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية(١) ، فإذا قضت هذه القواعد الأولى بالإحالة فلا مناص من أتباعها.(٢) ومن ثم لا يجوز تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى إلا إذا كانت قواعد الإسناد الأجنبية تسمح بتطبيقها، وهو ما يعبر عنه بأن "القواعد الموضوعية مرتبطة فى تطبيقها بقواعد الإسناد ارتباط الإنسان بظله"أى أنه يجب احترام إرادة المشرع الأجنبى فى رفضه الاختصاص بحكم النزاع.

٢ - عدم إهدار مبدأ اختصاص القانون الأجنبى بحكم النزاع:

"يذهب أنصار نظرية الإحالة إلى حد القول بأنه إذا طبقنا القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى بالرغم من أن قواعد الإسناد فى هذا القانون لا تعتبر هذه القواعد مختصة بحكم العلاقة فأننا نكون قد أهدرنا مبدأ اختصاص هذا القانون الأجنبى بحكم النزاع كما أقرته له قواعد الإسناد فى قانوننا . ذلك أن تطبيق القاضى الوطنى للقانون الأجنبى فى غير الحالات التى يرى المشرع الأجنبى إخضاعها لحكمه ينطوى على تحوير لهذا القانون وتغيير لطبيعته . فكأن القاضى حينئذ قد طبق قانونا آخر غير ذلك

---

(١) مستندين فى ذلك إلى فكرة الإسناد الإجمالى كحجة قانونية تدعم تطبيق الإحالة. انظر

Cass Forgo, op. cit., P. 59.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق، ص ٢٠٩-٢١٠ . وراجع حكم محكمة النقض الفرنسية فى قضية فورجو الصادر فى ٢٤ يونية ١٨٧٨ . والدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، الطبعة التاسعة ، ١٩٨٦ ، ص ١٥١ .

وفى الاحتجاج بفكرة السيادة انظر

Bartin: Etudes. ..., op. cit., P 146 et S . Pillet principes . op cit., no 66 P 165

الذى تقضى قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقه(١).

وعلى ذلك يجب احترام إرادة المشرع الأجنبى فى تحديد اختصاص القواعد الموضوعية لقانون آخر بحكم النزاع إعمالا لقاعدة الإسناد الوطنية الصادرة عنه.

٣ - توحيد الحلول:

فالإحالة هى السبيل إلى تحقيق الاتساق القانونى وتوحيد الحلول فى المنازعات اذا ما عرض النزاع أمام محاكم الدول المختلفة. "اذ لو حكم القاضى الوطنى طبقا لقانونه الخاص به بغير مراعاة لنصوص القانون الأجنبى فإن حكمه يتمتع بقوته فقط فى داخل حدود بلاده، حتى اذا ما أريد الاحتجاج به فى الخارج، وعلى الأخص أمام محكمة ذلك القانون الأجنبى ، فإنه لا يعتد به لأنه طبق قانونا مخالفا لما تقضى به قواعد تنازع القوانين فى هذا التشريع ، وكذلك لا يكون للحكم اية قيمة فى البلاد الأخرى التى تأخذ بنفس المبدأ".(٢)

أما اذا قبل القاضى بالإحالة، فسيعطى النزاع ذات الحل الذى سيأخذ به القاضى الأجنبى لو كان قد طرح النزاع عليه. وبذلك لا يختلف الحل الذى يلقاه النزاع تبعا للمحكمة التى يطرح عليها، ومن ثم تتوحد الحلول فى مجال المعاملات الدولية.(٣)

---

(١) انظر عرض هذه الحجة لدى الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٠٨.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٢١٢، وانظر:
J.P. Niboyet: Cours de droit international , no. 495

(٣) فى عرض هذه الحجة أنظر عرض الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٠٨. وانظر حكم Forgo. Op. cit., P. 59.

٤ - تسهيل تنفيذ الإحكام :(١)

وتتصل هذه الحجة بسابقتها، ومؤداها أن من شأن الأخذ بالإحالة تسهيل تنفيذ الأحكام التى تصدر فى المنازعات ذات العنصر الأجنبى عن طريق الحصول على الأمر بالتنفيذ من قضاء الدولة المراد التنفيذ فيها، فضلا عن قضاء الدولة التى أصدرته .

اذ أن الدولة قد تشترط لتنفيذ الأحكام أن يكون القاضى الأجنبى قد أعمل قاعدة الإسناد التى يقضى بها قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.(٢)

مثال ذلك أننا لو أخذنا "بالإحالة التى يشير بها القانون الأجنبى (الانجليزى مثلا) وأريد تنفيذ الحكم فى انجلترا فأن المحاكم لا تتردد فى أعطاء الأمر بالتنفيذ لأن هذا هو الحل الذى يوافقها".(٣)

المطلب الثانى

تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى

ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن الإسناد إلى القانون الأجنبى إسناد موضوعى لا إجمالى ومن ثم إلى رفض تطبيق نظرية الإحالة التى تبنتها محكمة النقض الفرنسية(٤). بمعنى أنه

---

(١) فى عرض هذه الحجة :

Niboyet: op. cit., no. 495.

(٢) المرجع السابق، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط ١٩٥٥، ص ١٣٠.

(٣) الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٢١٣.

(٤) فى تأييد رفض فكرة الإحالة انظر فى الفقه المصرى الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٤٣١، الدكتور جابر جاد، المرجع السابق، ص ٦٣٢ -

يتعين على القاضى الوطنى القيام بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى مباشرة على النزاع دون تلك المتعلقة بقواعد الإسناد فيه .

أسانيد الرافضين للإحالة :

١ - انتهاك السيادة الوطنية :

يؤدى الأخذ بنظرية الإحالة إلى المساس بالسيادة ، ذلك أن "قواعد تنازع القوانين فى كل بلد إن هى إلا قواعد وطنية قبل كل شيء، ومازالت بعيدة عن أن تكون عالمية ، وهى ترمى فى الواقع إلى تحديد سلطان القانون الوطنى بالنسبة للإقليم وللأشخاص ، كما أنها تبين أحوال تطبيق القانون الأجنبى".(١)

فالمشرع الوطنى "وهو يضع قواعد الإسناد إنما يرسم حدود سيادة القانون الوطنى ، وعليه فأن تعطيل هذه القواعد بتطبيق قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى معناه المساس بهذه الحدود والانصياع لأمر المشرع الأجنبى".(٢) "وهو ما يتنافى مع طبيعة قاعدة الإسناد والغرض من وجودها".(٣)

٢ - عدم استقرار المراكز القانونية :

فالإحالة قد تؤدى إلى الوقوع فى حلقة مفرغة(٤) ، او إلى

٦٣٣، الدكتور منصور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون الدولى الخاص، ط ١٩٥٦ - ١٩٥٧، ص ١٠٩، الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٩٥، ٢٠٣.

(١) الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٢١٥.

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ط ١٩٨٦، ص ١٥٣.

(٣) الدكتور فؤاد رياض ، تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٤ ، ص ١١١.

(٤) Cercle Vicieux.

توالى الإحالة تواليا لا نهاية لـه ، وهو مـا يؤدى إلـى القلق وعدم الاطمئنان مقدما على القانون الذى يختص بحكم العلاقة مما يؤثر فـى استقرار المعـاملات".(١) ومـن ثـم ففـى الأخـذ بنظريـة الإحالـة "مخالفة لأبسط المبادئ القانونيـة التـى تقضـى بضـرورة الاطمئنـان والاستقرار فى المراكز القانونية.(٢)

اذ تـؤدى الإحالــة إلــى أن يـصـبح ذوى الـشأن فــى العلاقـة القانونية غير قادرين على التنبؤ بالحل الذى يمكن أن ينتهى إليه النزاع .

وعلى ذلك فلا سبيل للخروج من الحلقة المفرغة وبالتـالى تحقيق الاستقرار للمراكز القانونية الا بتطبيق القواعد الموضـوعية فـى القـانون الـذى تـشير إليـه قاعـدة الإسـناد ، أى إهـدار نظريـة الإحالة(٣).

٣ ـ الرد على أسانيد أنصار نظرية الإحالة :

لـم يجد الرافضون لنظريـة الإحالـة صـعوبة فـى الـرد علـى الحجج التـى استند إليها أنصارها.

أ ـ فبالنـسبة إلـى الاحتجـاج بوجـوب احتـرام إرادة المـشرع الأجنبى وعدم أهدار مبدأ اختصاص القانون الأجنبى بحكم النزاع، فـأن قواعـد الإسـناد هـى قواعـد ذات صـبغة وطنيـة، بمعنـى أنهـا

---

(١) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٥٣.
(٢) أنظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق ، ص ٢١٤ ، والدكتور عبد الحميد ابو هيف، المرجع السابق، ص ٣١٤.
(٣) انظر تعليق:
Le conseiller Denis dans son repport, D.P., 1912. 1. P. 264.

خاصة بكل دولة على حدة، فهى التى تبين مدى تطبيق القانون الوطنى وأحوال تطبيق القانون الأجنبى.

فإذا أشارت بتطبيق قانون أجنبى فأنها لا تهتم بما تقول به قواعد الإسناد فى هذا التشريع، بل ترمى فقط إلى تطبيق قواعده الموضوعية التى فضلتها على القواعد الموضوعية الوطنية.(١)

كما أن القول بأن القانون الأجنبى كلا لا يتجزأ قول يصح من باب أولى بالنسبة للقانون الوطنى وعلى ذلك فعندما يقبل القاضى الإحالة من القانون الأجنبى إلى قانونه (بتطبيق قواعد الإسناد فى الأول) يتعين عليه أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد فى قانونه، وهى تقضى بتطبيق القانون الأجنبى(٢).

هذا فضلا عن أن القاضى الوطنى لو التزم بتطبيق قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى (إعمالا لنظرية الإحالة) فأنه سيكون بذلك قد انتمر بأمر المشرع الأجنبى. بينما من واجبه احترام إرادة المشرع الوطنى وحده ومن ثم وتطبيقا لقاعدة الإسناد الوطنية لا يطبق من القانون الأجنبى إلا قواعده الموضوعية فحسب .

ب - أما عن القول بتوحيد الحلول فهو مردود بدوره "فالأخذ بالإحالة ليس من شأنه فى واقع الأمر توحيد الحلول الا اذا أخذ فريق من الدول بالإحالة دون الفريق الأخر . أما إذا أخذت جميع الدول بالإحالة - وهذا هو المفروض اذا كانت النظرية سليمة - فإن القوانين المطبقة ستختلف من دولة إلى أخرى . فلو

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٢١٠-٢١١

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط ١٩٥٥، ص ١٣٠.

فرضنا مثلا أن كل من المشرع الفرنسى والمشرع الانجليزى يأخذ بالإحالة فإن القاضى الفرنسى المطروح عليه نزاع فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بأحد الأنجليز المتوطنين بفرنسا سيطبق قانون الجنسية أى القانون الأنجليزى الذى سيحيل إلى قانون الموطن وهو القانون الفرنسى. وذلك فى حين أن القاضى الانجليزى الذى قد يطرح عليه نزاع مماثل سيطبق قانون الموطن وهو القانون الفرنسى الذى يحيل إلى قانون الجنسية وهو القانون الانجليزى . وبذلك نرى أن الأخذ بالإحالة فى كل من الدولتين لم يؤد إلى توحيد الحلول ، بل أدى إلى تطبيق القاضى الأنجليزى لقانون غير ذلك الذى طبقه القاضى الفرنسى . ويرد أنصار الإحالة على ذلك بأن المشاهد أن الدول لا تأخذ جميعها بالإحالة وأنه اذا ما أخذت إحدى الدولتين فقط بالإحالة فأن ذلك سيؤدى إلى توحيد الحل بين الدولتين. ولكن إذا كانت الفائدة المرجوة من الإحالة لا تتحقق إلا إذا طبقت من جانب واحد فإن فى ذلك القضاء عليها باعتبارها نظرية عامة".(١)

ج - أما عن القول بأن للإحالة أهميتها فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية. فيمكن الرد عليه بأن هذا يفترض أن "تنفيذ الحكم سيتم حتما فى الدولة التى أشارت قاعدة الإسناد فى قانون القاضى بتطبيق قانونها". مع أن الحكم قد يتم تنفيذه فى "أية دولة يتبين للمدعى أن من مصلحته تنفيذه فيها". كما يفترض هؤلاء "أن

---

(١) انظر عرض هذا النقد الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١١٢، وكذلك:
J. Niboyet: op. cit., no. 495.

وكذلك:
G. C. Cheshire: Private international law, Oxford. 1961, P. 91.

الدولة المراد تنفيذ الحكم بها تشترط صدوره وفقا لقواعد الإسناد التى يقضى بها قانونها ، فى حين أن مثل هذا الشرط ليس له وجود إلا فى النادر من التشريعات ، وهو شرط آخذ فى الزوال".(١)

المطلب الثالث

موقف الفقه والتشريع من فكرة الإحالة

كما أختلف الفقهاء بشأن فكرة الإحالة اختلفت القوانين من دولة إلى أخرى: فمنهم من رفض فكرة الإحالة بنص صريح كالمشرع المصرى بالمادة ٢٧ من القانون المدنى التى نصت على أنه "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص(٢). والمشرع الإيطالى بالمادة ٣٠ من القانون المدنى الصادر عام ١٩٤٢ والمشرع اليونانى بالمادة ٣٢ من القانون المدنى لسنة ١٩٤٦ والمشرع السورى بالمادة ٢٩ من القانون المدنى لعام ١٩٤٩ والمشرع الكويتى بالمادة ٧٢ من القانون المدنى.

ومنهم من قرر قبول فكرة الإحالة مثل المشرع الألمانى

---

(١) المرجع السابق .

(٢) وكانت قد صدرت قبل صدور القانون المدنى الحالى أحكام عن القضاء المختلط مطبقا فيها فكرة الإحالة. من ذلك حكم استئناف مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ مجلة التشريع والقضاء للمحاكم المختلطة ٢٦ ص ٢٢٥ أشار إليه الدكتور عبد الحميد أبو هيف ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ . والحكم الصادر عن نفس المحكمة فى ٣٠ ابريل ١٩٢٥ منشور فى Cluent سنة ١٩٢٦ ص ٢٠٩. وكذلك حكم محكمة المنشية الجزئية فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢ منشور فى مجلة المحاماة ، العدد السابع ص ٦٢٨.

بالمادة ١/٤ من القانون الدولى الخاص الصادر عام ١٩٨٦ والمشرع السويسرى بالمادة ١٤ من مجموعة القانون الدولى الخاص الصادرة عام ١٩٨٧.

وفى تقدير هذه النصوص التشريعية انقسم الفقهاء إلى ثلاث فرق:

الأولى: تمدح موقف التشريعات التى رفضت فكرة الإحالة على أساس أن منطق الإحالة قد يؤدى إلى حلقة مفرغة تثير صعوبات عملية من العسير تلافيها، وأن الإحالة تفتقد إلى حد كبير للأساس النظرى السليم، وأن مؤيدى الإحالة إنما يتلمسون تبريرا فقهيا لحلول قضائية ربما كان الدافع إليها الرغبة فى تطبيق القانون الوطنى لتحقيق مصلحة وطنية معينة أو لعدم التصدى للصعوبات العملية التى تحيط تطبيق القانون الأجنبى(١).

الثانية: تأخذ بحل وسط بالموافقة على وجوب استشارة قواعد التنازع فى القانون الأجنبى الذى أرشدت إليه قاعدة التنازع فى قانون القاضى مع التحفظ بأن رفض القانون الأجنبى قبول الاختصاص لنفسه لا يستلزم الانصياع لأوامر المشرع الذى أصدرها باتباع وجهه نظره فى تحديد القانون الأقرب صلة، بل يجب آنذاك:

أما الرجوع إلى القانون الوطنى للقاضى للبحث عن ضابط إسناد احتياطى، مما يعنى المطالبة بتعديل التشريعات الحالية

---

(١) انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٠٢، وفى الفقه الأجنبى مقال:
H. Lewald : La théorie du renvai, RCADI, 1929, Vol. 29, P. 530 Spec. P. 615.
G.C. Cheshire: op. cit., P. 91.

بحيث لا ترفض الإحالة أو التنازع السلبى وإنما لتتضمن ضوابط إسناد احتياطية بديلة[١] كالنص على تطبيق قانون المواطن فى حالة رفض قانون الجنسية قبول الاختصاص لنفسه.

وإما الرجوع إلى قانون القاضى ليكون هو القانون الواجب التطبيق مباشرة للفصل فى النزاع[٢].

وهو ما يعنى بطبيعة الحال قصر الإحالة دائما على الإحالة من الدرجة الأولى وعدم تصور حدوث الإحالة من الدرجة الثانية[٣].

الثالثة: ينتقد هؤلاء موقف التشريعات التى رفضت فكرة الإحالة مطالبين بتعديل هذه النصوص لتجيز الأخذ بها لاسيما الإحالة من القانون الأجنبى إلى القانون الوطنى للقاضى[٤] أو ما يعرف بالإحالة من الدرجة الأولى وخصوصا إذا ما كانت لا تخالف توقعات الأطراف. وسندهم الأساسى هو أن السيادة الإقليمية هى الأصل فى سلطان القانون[٥]. وأن تطبيق القاضى لقانونه الوطنى إنما يأتى بعد رفض القانون الأجنبى الاختصاص بالفصل فى النزاع[٦].

---

(١) Lerebours- Pigeonniére: pricis….. précité 3 e ed., no 259 Loussouran et Bourel: op. cit., no 207.

(٢) Niboyet: Traité …., op. cit., T. III, no 1016. P. 480 et note. Siry. 1942. I, P. 73.

(٣) Loussouran et Bourel: op. cit., no. 210.

(٤) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، ط ١٩٥٥، ص ١٣٧.

(٥) المرجع السابق. وانظر عرض هذه النظريات الدكتور أحمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع ، ص ٤٤٩ - ٤٥١.

(٦) Niboyet: op. cit., P. 482.

وإذ لا تصمد هذه الأسانيد أمام النقد نظرا لأن المشرع الوطنى إذ يأمر بتطبيق قانون أجنبى معين لا ينظر لاعتبارات المجاملة أو السيادة وإنما إلى أن هذا القانون هو أكثر القوانين ملاءمة لحكم المسألة المعروضة، وأكثرها تحقيقا للعدالة من وجهة نظره[١]، فقد حاول البعض الآخر الاستناد إلى أسانيد أخرى لتبرير قبول الإحالة – لاسيما الإحالة من الدرجة الأولى - من أهمها أن الحكمة التى تتوخاها قواعد الإسناد هى تحقيق التنسيق والانسجام بين هذه القواعد وبين قواعد التنازع الأجنبية، أى تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة. وأن الرجوع إلى قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى لا يقع دون إرادة المشرع الوطنى، إذ هو الذى حدد القانون المختص بحكم العلاقة ابتداء ومن ثم فإن استشارة قواعد التنازع فى هذا القانون لتحديد ما إذا كان القانون الأجنبى يقبل الاختصاص لنفسه أم لا يقبله هى ضرورة يفرضها التنسيق اللازم بين النظم المتنازعة لحكم المسألة المعروضة[٢].

---

(١) انظر :

H. Batiffol: Traité elementaire de droit international privé, 3 em ed. 1959. no. 304.

(٢) Ibid. P. 349 - 350 Batiffol et Lagarde: op. cit., T.I., no 304.

Francescakis: La théorie du renvai et les conflits de systemes en dr. int. privé, P. 73, no 69.

Louis - Lucas: Vue simplifiée du renvoi, Rev. Crit. Dr. int. pr. 1964, P. I Spec. P. 3.

وانظر عرض المسألة عند الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٨٥، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٤٥٠.

إمـا إذا أدى تطبيـق قـانون القاضـى إلـى إخـلال صـارخ بتوقعات الأطراف، كما هو الشأن فى مسائل الأحوال الشخصية، وخاصة إذا كان الأطراف أوربيين والقانون الواجب التطبيق هو الشريعة الإسلامية فحينئذ يجب رفض الإحالة ولو كانت من الدرجة الأولى[١].

وكما يجوز الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى مراعاة للهدف المتوخى من وضع قاعدة الإسناد يجوز الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية Renvoi au second degree إذا ما تطابقت قاعدة الإسناد فى كل من الدولة المحلية والدولة التى تمت الإحالة إلى قانونها[٢]، كما لو عرض على القضاء المصرى نزاع يتعلق بأهلية بريطانى متوطن فى الولايات المتحدة الأمريكية، إذ أن إعمال قاعدة الإسناد المصرية سترشد إلى وجوب تطبيق القانون البريطانى (قانون الجنسية عملا بالمادة ١١ من القانون المدنى المصرى) إلا أن استشارة قواعد التنازع فى قانون الجنسية يؤدى بنا إلى تطبيق قانون الموطن الذى بدوره يتضمن قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون الموطن أى القانون الأمريكى. وهو ما يعنى أن نظامين قانونيين قد اتفقا على أن النظام الأمريكى هو الأقرب صلة

---

(١) انظر فى تأييد هذا الاتجاه الدكتور فؤاد رياض، أصول تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص ١١٩.

(٢) انظر التعليق على حكم:

Cass (Ch. Civ.) - 7 mars 1938 De marchi della costa C. expoux de Bangeux, Rev. Crit. 1938, P 472, note Batiffol, et Grands arrest, op. cit., no 16 P. 125 Spec. P. 128.

H. Batiffol et P. Lagarde Droit international privé, 5eme ed. T.I, 1970. no 307 - 308 Compare Bartin, Etude…, op. cit., P. 120.

وعرض الفكرة عند الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٨٩.

بالعلاقة، أو مراعاة للتوقعات المشروعة لأطراف العلاقة، ومن ذلك ما عرض على محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٨٢ بشأن شخصين يحملا الجنسية السورية ويتدينا بالديانة اليهودية تزوجا عام ١٩٢٤ في إيطاليا أمام الحاخام اليهودي، على النحو الذي يقره القانون السوري الذي يعترف بالشكل الديني لزواج غير المسلمين ويقره القانون الإيطالي، رغم أنه لم يكن يعرف سوى نظام الزواج المدني، نظرا لإسناد العلاقة إلى القانون السوري، وإذ تجنس الزوجان بالجنسية الفرنسية عام ١٩٥٥ فإنه وعند التعرض لصحة عقد زواجهما تبين من إعمال قاعدة الإسناد الفرنسية أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الإيطالي، قانون مكان إبرام الزواج، ذلك الذي لا يجيز الزواج الديني، مما يعني وجوب القضاء ببطلان هذا الزواج إلا أن المحكمة استندت إلى قاعدة الإسناد الإيطالية التي تجعل الاختصاص للقانون السوري (إحالة من الدرجة الثانية) لتقضي بصحة الزواج لتحقق تناسق الحلول(١).

رقابة محكمة النقض على تفسير قواعد الإسناد في القانون الأجنبي:

يرى مؤيدي فكرة الإحالة أنه على خلاف ما هو مقرر من أن تفسير قواعد الإسناد في قانون القاضي هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض، فإن تفسير القاضي لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي، في الدول التي تجيز الأخذ

---

(١) Cour Cass. (Civ. 1 re:) 15 Juin 1982, Moatti, Rev. Crit. dr. int. pr., 1983, P. 300 note Bischoff. Clunet, 1983, P. 595, note Lehmann.

بنظرية الإحالة، لا يخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبار أنها جزء من القانون الأجنبى يجب أن تفسر وفقا لمفاهيم هذا القانون وهى مسألة تخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع(١) ، وهو الاتجاه الذى عبرت عنه صراحة محكمة النقض الفرنسية فى حكمها فى نزاع de Marchi عام ١٩٣٨.

وعلى العكس من ذلك يخضع تطبيق فكرة الإحالة لرقابة محكمة النقض إذا ما أخذنا بقول من ذهب إلى أن الإحالة تؤدى إلى الرجوع إلى قانون القاضى لتطبيق ضابط الإسناد الاحتياطى أو لتطبيق القواعد الموضوعية فى قانون القاضى نفسه، ذلك أن القاضى هنا سيطبق قاعدة من قواعد الإسناد الوطنية وهى من مسائل القانون لا مسائل الموضوع.

وهو ما ذهبت إليه أيضا محكمة النقض الفرنسية فى حكم تالى للحكم السابق عند فصلها فى نزاع "Birchall" عام ١٩٣٩(٢).

(١) Cour de Cas. (Ch. Civ) 7 mars 1938, De Marchi della costa C. de Bagneux, Rev. Crit., 1938, P. 472. note Batiffol.
F. Rigaux: La nature du contrôle de la cour de cassation., Paris, no 230, P. 342.
Cour de Cass. Ch. Civ. 1 re, 11 Juin 1996, Soc. Agora Sopha, Rev. Crit., 1997, P. 65 note P. Lagarde.

(٢) انظر :
Cass. Req., "Birchall" 10 Mai 1939, S. 1942 I.P. 73. note Niboyet.
بشأن دعوى طلاق بين انجليزيان موطنهما فى فرنسا.

المبحث الثانى
مخالفة القانون الأجنبى للنظام العام
المطلب الأول
مضمون فكرة الدفع بالنظام العام

بدأت تعرف فكرة ا لنظام العام منذ أن ظهر فقه الأحوال الإيطالى القديم حين فرق الفقيه بارتول فى العصور الوسطى بين الأحوال أو القوانين الملائمة والأحوال أو القوانين المستهجنة[١]، إذ لا تطبق الأخيرة إلا حيث صدرت فلا تمتد إلى خارج الإقليم الذى صدرت فيه. ثم استخدمها الفقيه الإيطالى مانشينى فى القرن التاسع عشر ليعلل تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً خروجا على نظريته التى أكد فيها مبدأ شخصية القوانين[٢]، مبرزا الفكرة باسمها الحالى.

وفى اتجاه آخر أبرز الفقيه الألمانى "فريدريك سافينى" فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق – عند شرحه لفكرته عن وجوب الاشتراك القانونى بين الدول[٣] لتبرير

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط ١٩٨٦، ص ٥٢٧-٥٢٨، بند ١٤٤، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

(٢) فى نقد استخدام فكرة النظام العام كبديل للفكرة المسندة فى التنظيم الحالى للتنازع ، انظر المرجع السابق ، ص ٢٧٦-٢٧٧.
وقارن مع ذلك بصفة عامة الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، اطراح فكرة الدفع بالنظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص- انعقاد الاختصاص لقانون القاضى- أحالة لا استثناء – فيما يخص المسائل التى تتعلق بالنظام العام ، دار النهضة العربية ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

(٣) يتلخص مفهوم فكرته المشار إليها فى أن هناك اشتراك فى الفكر القانونى بين النظم القانونية التى يعمل بها فى الدول المتمدينة وإن كان يقصد بها آنذاك دول العالم الأوربى المسيحى.
انظر : Savigny : Précité.

تطبيق القوانين الأجنبية – فيما لو تبين للقاضى انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه والقانون المختص بحكم النزاع.

فقد استخلص الفقهاء من بعد ذلك أن النظام القانونى لكل دولة يتضمن قواعد خاصة مستقلة بذاتها يطلق عليها قواعد النظام العام وأن هذه القواعد أقوى من قواعد الإسناد، بدليل أنه عند التنازع بين هذين النوعين من القواعد تتغلب الأولى على الثانية[١].

ويتحصل المفهوم الأصلى لهذه الفكرة فى مجموعة القواعد القانونية التى لا تتسامح دولة القاضى فى الخروج على أحكامها، وذلك سواء تعلق الأمر بعلاقة قانونية خالصة الطابع الوطنى أو تعلق بعلاقة قانونية ذات طابع دولى، وأيا ما كانت درجة صلة العلاقة الأخيرة بهذه الدولة[٢].

ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الخروج على أحكام مثل هذه القواعد من شأنه أن يستثير الإحساس بالاستهجان العام فيها. ويتعارض مع الأسس التى يقوم عليها المجتمع ويخدش الشعور العام فيه، ويخالف الأفكار الأساسية التى يقوم عليها نظام المجتمع الأعلى فى مجتمع القاضى لاسيما فى علاقات الأحوال الشخصية، فعندئذ يتحتم على القاضى أن يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبى رغم إشارة قاعدة الإسناد إليه باعتباره القانون الأقرب صلة للعلاقة.

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٣٣٧.
(٢) انظر الدكتور عنايت عبد الحميد، المرجع السابق ص ٦.

المقارنة بين النظام العام والقواعد الآمرة :

"استخدم الفقهاء فكرة النظام العام لتحقيق معان مختلفة، فى العلاقات الداخلية وفى العلاقات الخاصة الدولية . ذلك أن المشرع الفرنسى طالع اللغة القانونية، ولأول مرة على ما يظهر ، باصطلاح "النظام العام" الذى ورد فى بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى، ولاسيما نص المادة /٦ الذى يقضى بأنه "لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب" قاصدا بذلك القوانين الآمرة(١) التى لا يجوز للأفراد مخالفتها .

ثم شاع استخدام هذا الاصطلاح فى كتابات فقهاء القانون الدولى الخاص فى ميدان تنازع القوانين.(٢) سواء عند صياغة قاعدة الإسناد "لإيجاد أساس للاستثناء من قاعدة أمتداد القوانين(٣) – إعمالا لنظرية شخصية القوانين - عند من يقول بها، أو لتبرير كافة الحالات التى ينعقد فيها الاختصاص لقانون القاضى" أو لإيجاد مبرر "لتعطيل تطبيق القانون الأجنبى الذى عينته قواعد الإسناد متى كانت أحكامه غير مقبولة فى بلد القاضى .(٤)

والحقيقة أنه يمكن التمييز بين النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى فى ثلاث نقاط أساسية هى :

---

(١) بالمقابلة للقوانين المكملة أو المفسرة "Facultatives" .
(٢) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٥٢٩-٥٣٠.
(٣) التى ابتدعها الفقه مانشينى ، انظر فى ذلك الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٧٥-٢٨٠. بشأن قوانين الأمن المدنى . مثل القوانين المتعلقة بالملكية العقارية والمسئولية التقصيرية.
(٤) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٥٣٥.

١ - اختلاف الوظيفة :

يبنـى فقهـاء القـانون الـدولى الخـاص التفرقـة بـين مفهـومى النظام العام الداخلى والدولى على "اختلاف الوظيفة التـى يقوم بهـا النظام العام فى مجـال القـانون الـداخلى عن تلـك التـى يقوم بهـا فـى مجال القانون الدولى الخاص.

فبينمـا تتكفـل فكـرة النظـام العـام فـى القـانون الـداخلى ، "باعتبارها قيداً على سلطان إرادة الأفراد"(١) بإبطال مـا يتفق عليـه الأفراد بالمخالفة للقواعد الآمرة فإنهـا "تتكفل فـى مجـال العلاقـات ذات الطـابع الـدولى باستبعاد القـانون الأجنبـى بـالرغم مـن أنـه هـو الواجب التطبيق علـى النزاع وفقا لقواعد الإسناد بسبب تعارضـه مع الأسس التى يقوم عليها النظام القانونـى الوطنـى"(٢).

وواضح إذن أن هناك اختلاف فـى نتيجـة إعمـال هذه الفكرة فى مجال القانون الداخلى عنها فى مجال تنـازع القوانين . فالنظـام العام فى القانون الداخلى يهتم أكثر بالقاعدة القانونيـة الوطنيـة فهو شق فيها ومؤكد لها، أما فى تنازع القوانين فهو مدافع عن القواعد القانونيـة الوطنيـة حيـث يعتـرض بـه علـى تطبيـق أحكـام القـانون الأجنبـى التـى تتنـافى مـع المبـادئ والقيم الاقتصادية والاجتماعيـة والـسياسية لمجتمـع الدولـة. فالنظـام العـام هنـا رقيـب علـى القاعدة القانونيـة فـى القـانون الأجنبـى واجـب التطبيـق ومـن شـأنه تغييـر الاختـصاص التـشريعى ليحـل محـل القـانون الأجنبـى الـذى أشـارت

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، علم تنازع الشرائع .... ، مرجع سبق ذكره ، ص ٥٨١.

(٢) الـدكتور فـؤاد ريـاض ، اصـول تنـازع القـوانين ، مرجـع سـبق ذكـره، ص ١١٩ ومابعدها.

إليه قاعدة الإسناد الوطنية قانون آخر لم يكن هو المختص أصلا بحكم النزاع.(١)

٢ - اختلاف النطاق :

يشير الفقهاء "إلى أن النظام العام الداخلى هو الأصل ، أما النظام العام فى تنازع القوانين فهو فرع منه" ، وأنه "نظراً لخصوصية تنازع القوانين واتصاله بعلاقات الأفراد وحركة التجارة عبر الحدود، فإن مقتضيات النظام العام فيه تنكمش وتضيق عنها فى مجال القانون الداخلى".(٢) لاسيما وأن إعمال فكرة النظام العام فى مجال تنازع القوانين "يؤدى إلى قطع المجرى الطبيعى للمعاملات الدولية لعلاقات الأفراد فى المجال الدولى، بتعطيلها لقاعدة الإسناد التى تتكفل بتنظيم هذه المعاملات"(٣) وهو ما يخرج بالضرورة عن توقعاتهم المشروعة.

ومن ثم يتفق الفقهاء على أن كل ما يعتبر من النظام العام فى مجال تنازع القوانين يعد حتما جزءاً من النظام العام الداخلى والعكس غير صحيح.(٤)

٣ - اتفاق الهدف :

على الرغم من الاختلافات السابقة إلا أن هناك أتفاق بين كل من النظام العام فى المجال الداخلى والنظام العام فى مجال

---

(١) أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٨٢ ؛ والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ، ص ١٢٠.

(٢) الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٨٢,

(٣) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٢٠.

(٤) أنظر المراجع المشار إليها بالهوامش السابقة,

تنازع القوانين من حيث النتيجة التى يحققها كل منهما، ذلك أن كلاهما يرمى إلى تحقيق مطلب رئيسى واحد "هو حماية النظام القانونى الوطنى وتدعيم قوانين الدولة الأساسية سواء عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفها أم عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية"[١] التى تصطدم بالأسس والمبادئ التى يقوم عليها مجتمع الدولة.

وإذ اتضحت أهمية الهدف الذى ترمى إليه التشريعات بتطبيق فكرة النظام العام فى مجال تنازع القوانين ، قنن المشرع المصرى هذه الفكرة بنص صريح فى المادة /٢٨ من القانون المدنى التى تقرر أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر".[٢]

أثر الدين على مضمون فكرة النظام العام فى الدول الإسلامية:

على الرغم من أنه لم يعد للدين الآن فى معظم الدول الغربية أهمية فى القانون الدولى الخاص ، بل ولا فى القانون الداخلى ، فلا شأن له لا فى تعيين اختصاص المحاكم ولا فى اختيار القانون الذى تقضى به فيما يرفع إليها من الدعاوى. ولا يعتد فى هذه البلاد بالفوارق الدينية بين الأفراد التى يقررها قانون

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٢١.

(٢) فى تطبيق هذا النص انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر بجلسة ١٩٧٧/١/١٩ فى الطعن رقم ٧ لسنة ٤٢ق - مج أحكام النقض الصادرة عن الدائرة المدنية - السنة/٢٨ جزء أول ص ٢٧٦.وكذلك حكمها الصادر فى ١٩٧٩/٦/٢٠ فى الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ق أحوال شخصية أجانب - مج أحكام النقض - الدائرة المدنية - السنة /٣٠ ، ص ٧٢٢ وما بعدها فى حكم بشأن التنازع الداخلى بين الشريعة الإسلامية والشرائع الملية لغير المسلمين .

أجنبى، وعلى الخصوص من حيث تأثيرها فى حقوقهم الخاصة. ومن ثم فإن اختلاف الدين بين مسلمة وغير مسلم لم يكن بمانع من موانع الزواج فى دولة أجنبية كبريطانيا[١]. إلا أن الأمر على خلاف ذلك فى مصر والبلاد الإسلامية إذ لا يزال للدين فيها أهمية كبيرة لاسيما فى مسائل الأحوال الشخصية.

ولما كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقضى بأن يخضع غير المسلمين المقيمين فى دار الإسلام من ذميين ومستأمنين لأحكام الإسلام فى المعاملات تطبيقا للمبدأ المعروف "بمبدأ إقليمية القوانين، أى سريانها على كل من يقيم فى الإقليم، إلا أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه، إذ تخرج من تطبيقه طبقا للرأى الراجح – المعاملات الخاصة بالذميين التى لا يتعدى ضررها أو شرها إلى المسلمين كالأنكحة وشرب الخمر، إذ يعامل فيها أهل الذمة – والأجانب – بأحكام دينهم[٢]. هذا فضلا عن أن مبدأ إقليمية

---

(١) انظر الدكتور على الزينى، القانون الدولى الخاص المصرى والمقارن، الجزء الأول، مطبعة الاعتماد ، طبعة ١٩٢٨ ص ٥٣٧ ، وانظر :

J. Valery: Manuel de droit international privé Paris, 1914, P. 581.

ومع ذلك فإذا كان عقد الزواج حاصلا فى نفس البلد الذى يقر الفارق الدينى فيمكن أن ينتج أثره فى بريطانيا من طريق غير مباشر ، لأن الفارق الدينى سيمنع من انعقاد عقد الزواج فى البلد الذى عقد فيه (كما لو حصل فى مصر بين مسلمة وغير مسلم) إذ ستضطر المحاكم الانجليزية إلى عدم اعتباره زواجا لأنه لم ينعقد أو لم يوجد أصلا.

(٢) انظر كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى ، طبعة مطبعة الفاروق الحديثة للطباعة ١٤١٦هـ، الجزء الرابع ص ١٤٥٦ ، حيث أشار إلى قول الإمام ابو زيد الدبوسى بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الذميين ، فيما يقع بينهم من تصرفات "لو جاز لهم مباشرتها واعتادوها فيما بينهم" أى اعتادوا تطبيق الشريعة الإسلامية فيها. وأما عقود المعاملات التى تجرى بينهم خاصة ولا يتعدى شرها إلى المسلمين فيتركوا وديانتهم كالأنكحة وشرب الخمر ، وانظر الدكتور محمد عبد المنعم بك رياض ، مبادئ القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية، ١٣٦٣هـ - ١٩٤٣م ، مكتبة النهضة المصرية ص ٢٨٩.

القوانين أى تطبيق الشريعة الإسلامية لا يمتد إلى العقائد والعبادات، إذ ترك لغير المسلمين أن يتبعوا عقائدهم فيها.

فهل معنى هذا أن الشريعة الإسلامية قد عرفت ضمن نظامها القانونى ما يطلق عليه الآن الدفع بالنظام العام؟.

انقسمت الآراء فى هذه المسألة إلى اتجاهين نعرضهما فيمايلى حتى يتبين لنا ما إذا كان من الممكن حدوث التعارض بين الشرع الأجنبى والشريعة الإسلامية.

الاتجاه الأول: عدم جود احتمال لإعمال فكرة النظام العام فى ظل تطبيق الشريعة الإسلامية:

لما كانت الشريعة الإسلامية هى القانون الواجب التطبيق فى كل نزاع يعرض على القاضى، أخذ بالرأى القائل بعدم وجود مجال لاستخدام قواعد الإسناد، نظرا لأن الفقهاء قد أقروا قواعد ذات صياغة موضوعية لحل مشكلات الأجانب[١].

وكانت هذه القواعد هى أحكام مندمجة فى أحكام الشرع على نحو ما يوضحه الفقه الإسلامى فلا مجال لتصور وجود تعارض بين شرائع أو نظم قانونية أجنبية والشريعة الإسلامية أو النظام القانونى الإسلامى ، وبالتالى فلا مجال للكلام عن فكرة النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية.

الاتجاه الثانى: احتمال تطبيق فكرة النظام العام فى ظل تطبيق الشريعة الإسلامية:

يستند هذا الاتجاه إلى القول بأن للقاضى فى الدولة الإسلامية تطبيق قوانين أخرى غير الشريعة الإسلامية لأن تحقيق

---

(١) انظر ما عرضنا سلفا ص ١٣٦ ومابعدها.

العدالة على وجه كامل يستلزم ذلك[١]. وإزاء ذلك يمكن تصور حدوث تعارض بين القانون أو الشرع الأجنبى والأحكام الكلية التى تتضمنها الشريعة الإسلامية مما يستوجب إعمال الدفع بالنظام العام.

الموازنة بين الاتجاهين :

إذا ما رجحنا وجهة نظر القائلين بأن الشريعة الإسلامية قد ضمت ضمن أحكامها قواعد للإسناد، بمعنى أن هناك احتمال لأن يطبق القاضى فى دار الإسلام قانونا آخر غير الشريعة الإسلامية وخاصة فى مجال الأحوال الشخصية والمعاملات التى أمرنا بأن نترك غير المسلمين على ما يعتقدون فيها، ظهر احتمال لوجود تعارض بين القانون أو الشرع الأجنبى وبين أحكام الشريعة الإسلامية بحيث يجب ترجيح تطبيق هذه الأخيرة على النحو الذى كان متبعاً فى أحكام المحاكم المختلطة فى مصر، التى اعتبرت أن نظام الشريعة الإسلامية باعتباره النظام الغالب فيما يتعلق بالأحوال الشخصية للمصريين ، هو المرجع لتحديد ما يخالف النظام العام من الأحكام الأخرى، سواء وردت فى نظم أجنبية أو فى نظم مصرية أخرى[٢].

أثر تغيير الدين على الدفع بالنظام العام :

يكتسب الإنسان ديانته وقت ولادته فيأخذ المولود دين والديه ويلحق الابن الطبيعى بأمه ويتبع اللقيط ديانة الشخص الذى قام بتربيته.

---

(١) انظر ما عرضناه سلفا ص ١٣٦ ومابعدها.
(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

وقد تكتسب الديانة أيضا بالتحول عن ديانة إلى غيرها فإن غير الشخص – وطنى أو أجنبى – ديانته فأن أثر ذلك يجب ألا يمس الحقوق المكتسبة من قبل التغيير إلا إذا أصبحت الحالة الجديدة مخالفة للنظام العام المقرر وفق أحكام الشرع الإسلامى. فمثلا تنحل عقدة الزواج إذا أسلمت امرأة مسيحية وطنية أو أجنبية متزوجة بمسيحى – وطنى أو أجنبى – ولم يتحول زوجها عن دينه وذلك لأنه لا يحل فى بلاد الإسلام أن يتزوج مسيحى من مسلمة.

المطلب الثانى

طبيعة وخصائص فكرة الدفع بالنظام العام

إذا ما كان النظام العام مانعاً من تطبيق القوانين الأجنبية فإن التساؤل المبدئى الذى يثور بشأنه هو هل الدفع بالنظام العام تطبيق لمبدأ أصلى ، أم هو مجرد استثناء؟

وتبرز أهمية الرد على هذا التساؤل من ناحية تحديد نطاق تطبيق الدفع بالنظام العام وتفسيره . فالقول بأنه تطبيق لمبدأ أصلى يتيح الفرصة للتوسع فى هذا التحديد والتفسير ، أما القول بأنه استثناء بحت فتترتب عليه نتيجة أخرى عكسية هى تفسير النظام العام تفسيرا ضيقا وعدم التوسع فى نطاقه ومدى آثاره(١).

وقد اختلف الفقهاء فى ذلك اختلافا بيناً بحسب اتجاهاتهم:

الاتجاه الأول : النظام العام تطبيق لقاعدة عامة:

---

(١) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٩ ص ٥٦٦.

يرى البعض أن مسائل النظام العام تطبيق لقاعدة عامة من قواعد القانون الدولى الخاص. فقوانين النظام العام تقوم على أساس السيادة الإقليمية، وإقليمية بعض القوانين هى قاعدة كقاعدة شخصية القوانين وكلاهما مستمد من احترام السيادة المقررة للدول(١).

وعلى ذلك فقواعد النظام العام قواعد أصلية وأساسية لا ينظر إليها كقواعد استثنائية تمنع من تطبيق القانون الأجنبى بل ينظر إليها كعنصر أساسى من عناصر الوضع الطبيعى للأشياء. فكما أن قانون جنسية الأشخاص هو الذى يحكم علائقهم فإن هناك قواعد فى قانون القاضى لابد أن تحكم جميع العلائق بغير تمييز بين الوطنيين والأجانب. هذه القواعد التى يطلق عليها البعض القواعد ذات الطابع الآمر المطلق.

ومؤدى هذا أن قانون جنسية الأشخاص يتلاشى فى هذا النوع من العلائق لكى يترك المجال لقانون القاضى استناداً إلى ضرورة احترام سيادة الدولة واستقلالها(٢).

والحقيقة أننا نرى مع غيرنا أن هذا الاتجاه خلط بين إقليمية القوانين وما يتعلق بالنظام العام مع أنه يجب التفرقة بينهما وإلا كانت فكرة النظام العام لغوا لا طائل تحته. إذ وإن كانت قواعد النظام العام ذات صبغة وطنية إقليمية حيث تسرى على الجميع من المواطنين والأجانب، إلا أن هناك حالات لا تكفى فيها القوانين

---

(١) A. Pillet: Traité pratique de droit international privé, Paris, T. I, 1923, P. 117 –118.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

الإقليمية وحدها لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبى، كأن كان هذا القانون يتضمن مثلا نظاما قانونياً مجهولا لقانون القاضى أو كان يتعارض تعارضاً ظاهراً مع الصالح العام. ففى مثل هذه الأحوال يجب الاستعانة بفكرة التعارض مع المبادئ والقيم العليا المكونة للنظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية لاستبعاده[١].

كما أن هذا الاتجاه يخلط بين مفهوم النظام العام فى العلاقات الوطنية ومفهوم النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية.

الاتجاه الثانى: النظام العام استثناء على القاعدة العامة:

ذهب الفقيه الألمانى سافينى وشايعه غالبية الفقه إلى أن وجود الدولة فى المجتمع الدولى يفرض على القاضى الوطنى التزاما بالفصل فى النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانونى وفقا للقانون الأكثر ملاءمة للتطبيق[٢]، ومع ذلك فإن هناك استثناءات ترد على هذا الالتزام، أولها ما يتعلق بحل المشكلة التى تنجم عن تعارض القانون الأجنبى الواجب التطبيق مع النظم القانونية ذات الطابع الأمر المطلق "Streng Positiver, Zwingender Natur"[٣]

---

(١) انظر دكتور جابر جاد، المرجع السابق ، ص ٥٦٧.

(٢) نظر

Petros G. Valliandas: Der. Vorbehalt des ordre public im internationalen privatrecht. RabelZ, Vol 18, 1953, P.3.

(٣) وإن كان جدير بالملاحظة أن الحدود التى وضعها "سافينى" للفكرة قد جاءت غامضة مما يسمح لكل دولة بحرية تحديد متى يطبق هذا الاستثناء دون قيود. انظر:

Quintin Alfonsin: savigni. Nota sobre su sistema de Derecho privado international., in Revista de La Faculted de Derecho. Y Ciencias sociales, Montevideo, Vol II, 1951, P. 939 – 940.

أو الأسس الجوهرية فى المجتمع. ذلك التعارض الذى يفرضه الطابع الاجتماعى للقانون عموما وتأثره بظروف كل مجتمع، والذى يفرض على القاضى استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق(١) ليتعطل بذلك وعلى وجه الاستثناء التطبيق المعتاد لقاعدة الإسناد بهدف تجنب النتائج غير المقبولة التى تنتج عن تطبيق القانون الأجنبى الذى أشارت إليه(٢).

ولفهم هذه الطبيعة الاستثنائية لابد أن تحدد شروط تطبيق فكرة النظام العام. إذ يجب :

أولا : أن يتم استخدام قاعدة من قواعد تنازع القوانين لتشير إلى القانون واجب التطبيق، وإلا فإننا لن نجد لتطبيق الدفع

Chales Knapp; La notion de L'ordre public dans les conflits de Lois, Mul house, 1933, P. 25-26.

(١) انظر فى تأييد رأى سافينى.:

E. Bartin: Etudes de .... op. cit, P. 209 et 235.

E. Bartin: Principes de droit international privé selon la loi et la Jurisprudence Français, Paris, T.I., 1930 no 92 et 93.

والتعليق على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٥ مايو ١٩٤٨ بشأن المسئولية التقصيرية ، منشور فى :

Grands arrêts de la jurisprudence Française de droit international privé, 3ed. 1998, Dalloz, no 19, P. 145 Spec. P. 153 note P. Lerebours – pigeonniere et autrs.

وانظر الدكتور محمد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص ٣٥٠، والدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ص ٥٦٧.

(٢) انظر :

Remy Libchaber: Op. Cit., P. 65.

وانظر :

Gonzalo parra – Aranguren : General Cours Of Private international law: Selected problems , RCADI.. 1988 III, T. 210, P. 9-224 Spec. P. 87.

بالنظـام العـام أى دور. كمـا لـو كنـا بـصـدد تطبيق قاعدة مـن قواعـد البـوليس أو قاعـدة مـن القواعـد فوريـة التطبيـق فـى قـانون القاضـى، ممـا يمتنـع معـه تطبيـق أى مـن القـوانين الأجنبية.

ثانيا : ويتعين أن تكون قاعدة الإسناد قد أشـارت إلـى قـانون أجنبـى ليكـون هـو القـانون الواجـب التطبيـق. إذ لا يتـصـور أى دور لتطبيق هذا الاستثناء إذا مـا كـان القانون الـذى أشـارت إليـه قاعدة الإسناد هو القانون الوطنى للقاضى Lex Fori .

فـإذا مـا أثيـرت منازعـة أمـام المحـاكم المـصـرية بـشأن أهليـة مصـرى للتعاقد مع أجنبى فإن تطبيق قـاعـدة الإسـناد الـواردة بالمادة ١١ من القانون المدنى المصرى ستؤدى إلـى تطبيـق القـانون المـصـرى ، لا باعتبـار ذلـك نتيجـة لتطبيـق الـدفع بالنظـام العـام بـل باعتبـاره قـانون جنـسية الـشخص وكنتيجـة طبيعية لإعمال قاعدة الإسناد.

ثالثا: ويتعين أخيرا أن يؤدى تطبيق القانون الأجنبى الذى أشـارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد إلى نتائج تخالف المبادئ الأساسية التـى يقـوم عليهـا القـانون الـوطنى للقاضـى بـشأن الحالـة المعروضة عليه وقت نظر الدعوى[1]. إذ وإن كـان مفهومـا

---

(١) انظر :
Hans Marti: Der Vorbehalt des eigenen Rechtes im Internationalen privatrecht der schweiz (ordre public) Bern, 1940, P. 83-97.
J. Maury: L'evication de la loi normalement compétente L'ordre public internatonal et la Fraude à la loi, valladolid, 1952, P. 78-88.

وطبيعيا أن يوجد اختلاف بين النظم القانونية الوطنية إلا أن هذا الاختلاف لا يقبل أن يزيد عن حدود معينة وإلا وقع اعتداء على المجتمع الوطنى مما يبرر عدم استمرار القاضى الوطنى فى الالتزام بتطبيق القانون الأجنبى.

وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كان وجود قاعدة قانونية مشابهة فى قانون القاضى للقاعدة الموجودة بالقانون الأجنبى يحول دون اعتبار القانون الأجنبى مخالفا للنظام العام ؟

"ويمكن القول بصفة عامة أنه من العسير على القاضى القول بأن قانونا أجنبيا معينا يعد مخالفا للنظام العام الوطنى إذا كان قانون القاضى نفسه يحتوى على نفس القاعدة . غير أنه يحدث أن يهدف النص على القاعدة فى قانون القاضى إلى عكس الغرض الذى يهدف إليه النص عليها فى القانون الأجنبى . ومثال ذلك القوانين التى تنص على قيود متعلقة بالنقد ، فإذا كان قانون القاضى يتضمن قيودا متعلقة بالنقد فأنه يهدف من وراء ذلك إلى حماية اقتصاده الوطنى. وإذا كان القانون الأجنبى يتضمن ذات القيود فأنه بذلك يهدف بدوره إلى حماية اقتصاد الدولة الأجنبية ضد الدول الأخرى ومنها دولة القاضى. لذلك فإن وجود قاعدة من هذا النوع فى كل من القانونين قد لا يحول دون الاستناد إلى فكرة النظام العام فى دولة القاضى".(١)

والحقيقة أن "فى تقدير تعارض القانون الأجنبى مع

P. Lagarde: Recherches sur L'ordre public en droit international privé, Paris, L.G.D.J., 1959, P. 157-167.

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٢٦.

مقتضيات النظام العام الوطنى ، يتمتع القاضى بسلطة تقديرية ، إن لم تكن مطلقة ، فهى واسعة، نظرا لعدم وضوح معيار فكرة النظام العام ذاتها"[١]، إذ هى فكرة مرنة تختلف باختلاف المكان والزمان.

إلا أنه لما كان الدفع بالنظام العام استثناءاً على القاعدة الأصلية التى تقضى بتطبيق القانون الأجنبى ، فلا يصح الالتجاء إليه إلا فى الأحوال التى تقتضيها المصالح العليا للمجتمع حتى لا يتحول إلى وسيلة للإطاحة بالهدف الذى يسعى إليه المشرع الوطنى من تنظيم تنازع القوانين[٢]. ولهذا فقد استقر الرأى على إخضاع تقدير القاضى فى هذا المجال لرقابة محكمة النقض باعتبارها مسألة قانونية.

خصائص فكرة الدفع بالنظام العام:

لما كان الدفع بالنظام العام ذا طبيعة استثنائية فمن الطبيعى أن يفسر فى أضيق نطاق وقد اتفق الفقه والقضاء على أن النظام العام يتصف بالصفات الآتية:

١ ــ النظام العام فكرة وطنية :

إذا كانت فكرة النظام العام أكثر أفكار علم تنازع القوانين غموضا فلعل أهم أسباب هذا الغموض أنها فكرة ذات طابع وطنى تختلف من بلد إلى آخر، ومن شعب إلى آخر، وتتعلق بالمثل العليا التى تستقر فى ضمير شعب كل دولة من حيث الدين والآداب والسياسة والاقتصاد وغيرها. وهو ما يفتح الباب لكى يتفاعل

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ٥٤٤.
(٢) انظر الدكتور هشام على صادق، موجز القانون الدولى الخاص، الجزء الأول، الدار الجامعية، ١٩٨٦، ص ١٦٨

النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية مع فكرة النظام العام الداخلى أو القواعد الآمرة ليؤثر تغير مضمون النظام العام الداخلى على مضمون ونطاق تطبيق النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية ، على الرغم من الفوارق التى بينهما[١] ، على خلاف ما كان يذهب إليه الفقه التقليدى الذى كان يرى فى هذا التواصل والتفاعل سبباً للخلط بين مفهوم كلا الفكرتين ومد تطبيق القوانين الأساسية فى الدولة إلى العلاقات التى كان من الطبيعى أن تطبق عليها القوانين الأجنبية إعمالا لقواعد الإسناد[٢].

وإذ إن النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية فكرة وطنية فقد انتقد الفقهاء وصف النظام العام بوصف "الدولى" الوارد بنص المادة ٢٨ من القانون المدنى المصرى حيث يوحى بأن مضمون فكرة النظام العام واحد فى كل دول العالم. ومن ثم نفضل استخدام اصطلاح الدفع بالنظام العام على نحو ما أسلفناه.

ولا يختلف الأمر فى الشريعة الإسلامية إذ إن فكرة النظام العام تتكون وفق ما يسود فى المجتمع الإسلامى من أفكار ومبادئ ومثل عليا أساسها الشرع الإسلامى.

٢ ـ النظام العام فكرة نسبية :

يرى البعض فى الفقه الحديث وأحكام القضاء أن النظام

---

(١) انظر فى التفرقة بين النظام العام الداخلى والنظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية:

y. Loussouarn et P. Bourel; Droit international privé, 3^{e} ed. Dalloz, 1988, P. 393.

(٢) انظر

R. Libchaber· Op. Cit., P 66

العام عبارة عن حالة او وصع للمجتمع الوطنى يتكون من مجموعة من المبادئ والمثل العليا والأساسية فى مختلف المجالات الاجتماعية والسياسية الاقتصادية والروحية[١].

ومعنى ذلك أن ما يوافق النظام العام هو ما يوافق الوضع الطبيعى فى المجتمع الوطنى وما يخالفه يخالف الوضع الطبيعى فى هذا المجتمع بما يتعين معه استبعاد سبب المخالفة ، أى استبعاد القانون الأجنبى وإعادة الحال إلى طبيعته.

ويتعين من وصف النظام العام بأنه الوضع الطبيعى للمجتمع أن يكون متطورا بتطور المجتمع، ومن ثم يكون نسبيا يختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان، لاختلاف المثل والمبادئ باختلاف الجهات والأوقات والأفكار والمعتقدات[٢]. مما يؤثر بالتالى على السياسة التشريعية للمشرع الوطنى[٣]. وبالتالى فلا يمكن تحديد مضمونه إلا فى مجتمع معين وفى جيل معين.

فما يعتبر من النظام العام فى دولة قد لا يعتبر كذلك فى دولة أخرى. فبينما لا يعد تعدد الزوجات مخالفا للنظام العام فى البلاد الإسلامية يعد مخالفا له فى الدول الأوربية.

وما يعد مخالفا للنظام العام فى وقت معين فى بلد ما قد لا

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٩٥، وحكم محكمة النقض المصرية الصادر بجلسة ١٧ يناير ١٩٧٩، مج الأحكام، دائرة الأحوال الشخصية، ص ٢٧٦.

(٢) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق ، ص ٢٦٨

(٣) انظر

Batiffol et Lagarde op cit T II. 7e ed No 359

P Lerebours Pigeonnière. precis. op.cit . 6e ed. No 270

يعد كذلك فـــى وقت آخر. فبينما كان التطليق محظوراً فى بعض الـدول الأوربيـة ومخالفاً للنظـام العـام صـار غيـر ذلـك فـى الوقـت الحالى.(١)

وبينما كان الزواج نظاما دينيا فى بعض الدول فى الماضى صار مدنيا فى الحاضر نتيجة لاختلاف مقتضيات النظام العام فيها باختلاف الزمان(٢). بحيث يمكن أن نجد نفس المحكمة وهى تستبعد القانون الشخصى للزوج تطبيقا للدفع بالنظام العام بعد أن لم تكن تفعل ذلك فى قضايا سابقة(٣).

ويختلف الأمر عن ذلك فى الشريعة الإسلامية التى تعتبر النظام العام فكرة مطلقة. فإذا كانت تلك الفكرة تستمد سبب وجودها فى القوانين الوضعية من قابلية مفهوم النظام العام لأن يختلف فى بلد القاضى ما بين اكتساب الحق والتمسك به، فإن هذا السبب لا يشكل مصدر معرفة الإسلام لها. ذلك أن "للنظام العام" فى الإسلام مفهوم ثابت غير قابل – خلافا لما عليه الحال فى القوانين الوضعية – لأن يتبدل أو يتغير ؛ وذلك بحكم استمداد الأحكام المتعلقة به من الشريعة الإسلامية الغراء، تلك الشريعة التى لا

---

(١) من ذلك مثلا الوضع فى فرنسا قبل وبعد صدور قانون سنة ١٩٧٥ بشأن الطلاق. انظر ما سيأتى لاحقا بالفصل الثالث.

(٢) انظر المرجع السابق ، ص ٥٩٦، والدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق، ص ١٤٥.

وانظر حكم محكمة النقض الفرنسية :

Ch. Civ., 1re Sec. 22 Juin, 1955, Caralasnis C. dame caralasnis, Rev. Crit. Dr. int. pr., 1955, P. 723, note Batiffol.

(٣) انظر .

J. Mestre:Le mariage en France des etrangers de statut confessional, Rev. Crit. Dr int. pr., 1977 P 659 Spec. P 669.

تتبدل ولا تتغير فيما هو مقرر فيها من مبادئ وكليات. وأما ما يشكل سبب ظهور تلك الفكرة فى الإسلام فإنما يتمثل فى قابلية بعض مفسدات الأوضاع القانونية لأن تزول – بحكم مرور الزمان أو تدخل الإنسان – فى الفترة ما بين نشوء الوضع القانونى وطرح الأمر بشأنه أمام القضاء".[١]

ومعنى ذلك أن **فكرة النظام العام فى الشريعة الإسلامية فكرة مطلقة منضبطة** وليس للقاضى بشأن المحكم من النصوص والقواعد التى تستمد منها المبادئ الكلية والأفكار الأساسية المكونة للنظام العام فى المجتمع الإسلامى أى سلطة تقديرية ، لأنها تجسد حقيقة التشريع الإسلامى بحسبانه صادر عن الحكيم الخبير العالم بما يفيد البشر ، بخلاف المتشرعين الوضعيين الذين قد يجهلون كنه المصالح التى تحميها تشريعاتهم ، وتتغير أهواؤهم تبعا لعلمهم وخبرتهم وسيطرة المصالح الخاصة عليهم.

٣ – النظام العام فكرة وقتية :

إذ لما كانت فكرة النظام العام فكرة نسبية ومتغيرة فى الزمان، فإن ما قد يتعلق بالنظام العام فى مكان معين فى زمان معين قد لا يكون كذلك فى زمن آخر فى داخل نفس النظام القانونى.[٢]

وقد استقرت الآراء على الأخذ بمبدأ مهم هو انية النظام

---

(١) الدكتور عنايت عبد الحميد، المرجع السابق ، ص ٢٠٤
(٢) الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٩٧ – ٥٩٨ ، وانظر :
Bartin: Principes . Tome III, Op. Cit., P. 268.
والدكتور حامد زكى، المرجع السابق ، ص ٣٤٣

العام ، بمعنى أن العبرة فى تقدير مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل فى الدعوى دون نظر إلى ما قبل ذلك(١). فإذا كان القانون الأجنبى يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانونى ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على أثر تعديل القانون الأجنبى قبل الفصل فى النزاع فلا مسوغ لاستبعاد هذا القانون(٢).

ولا خلاف أيضا بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى إضفاء هذه الصفة على فكرة النظام العام.

إذ تستلزم أحكام الشريعة الإسلامية، حرصا على كفالة أكبر قسط من الاحترام للحقوق المكتسبة من القاضى، تقدير مدى مخالفة الحقوق المكتسبة لما هو مقرر فى الإسلام من أحكام لا تقبل التبديل والتغيير بالنظر إلى وقت الترافع فى شأنها إليه، أو وقت اعتناق غير المسلم للإسلام ، وليس بالنظر إلى وقت اكتساب هذه الحقوق.

فمن المقرر لدى جمهور الفقهاء المسلمين أنه إذا اكتُسب حق طبقا لقانون أو تشريع اجنبى، وكانت نشأة هذا الحق قد انطوت على مخالفة (مفسد) للنظام العام الإسلامى، وكانت هذه

---

(١) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية:
Cass. (1re Ch: Civ.) Marret C. office de la Jeuness de strasberg, 23 nov. 1976, Rev. Crit., 1977, P. 746, note Jacques Foyers.

(٢) مثال ذلك صدور قانون فى فرنسا يبيح التطليق بالرضا المتبادل بين الزوجين بعد أن كان يحظر ذلك (قانون ١١ يوليو ١٩٧٥)، انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٩٨، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص ٥٦١ والأحكام التى أشار إليها بالهامش.
وقارن مع ذلك :
J. Maury: L'ordre public en droit international, Rev. Crit. dr. int. pr., 1954, P. 14.

المخالفة أو التصادم الناشئ عنها قابلا لأن يزول مع استمرار التمتع بالحق، فإن اقتران المخالفة لنشأة هذا الحق لا يحول دون إقراره أو الاعتراف به متى كانت المخالفة قد زالت وقت الترافع إلى القاضي في دار الإسلام، أو وقت اعتناق غير المسلم للإسلام[١].

ولكن كيف يمكن التوصل إلى أن تطبيق القانون الأجنبي سيؤدى إلى مخالفة النظام العام أو ما هو المعيار الذى يرجع إليه حتى يمكن للقاضي تطبيق هذا الاستثناء؟.

المطلب الثالث

معيار الدفع بالنظام العام

على الرغم من تأكيد الفقهاء فى العصر الحديث على أهمية دور الدفع بالنظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذى تشير إليه قاعدة الإسناد، إذا تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية فى المجتمع[٢]، واهتمام مشرعو الدول الحديثة بتقنين هذه الفكرة فى شكل قواعد قانونية، سواء عبروا عنها بالنظام العام " Ordre public" مثل المادة ٨٥١ من القانون المدنى السنغالى والمادة ٣/١٢ من القانون المدنى الأسبانى. أو عبروا عنها بالمصالح العامة "Public interest" على نحو المادة ١٥٠ من القانون المدنى

---

(١) بتصرف بسيط ، انظر الدكتور عنايت عبد الحميد، المرجع السابق ، بند ١٦٦ ص ٢٠٢، وانظر مغنى المحتاج للإمام شمس الدين بن شهاب أحمد الرملى، بشأن دوام النكاح الواقع أثناء الكفر، بعد الإسلام والزواج بالمرأة أثناء العدة ، الجزء الثالث ، ص ١٩٢ ، وبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى دار الكتاب العربى، بيروت ، ط٢ ، سنة ١٩٨٢ ، ج٢ ، ص ٣١٢.

(٢) انظر رسالة P. Lagarde السابق الإشارة إليه.

الصيـــنى أو أضاف إلى النظام العام الأخــــلاق الحميدة " Bones mores" مثـــل المــــادة ٣١ من القانون المدنى الإيطـالى والمـادة ٣٣ من القـانون المدنى اليونـانى، والمـادة ٢٨ من القـانون المدنى المصرى التى نصت على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظـام العـام أو الآداب فـــى مصـر"، والمـادة ٧٣ من القـانون المدنى الكويتى والمادة ٣٠ من القانـــــون المدنـــــى بالجابون . أو حتى باستخدام اصـطلاح "النظـام العـام الـدولى" مثـل المـادة ١/٢٢ مـن القـانون المدنـــى البرتغالى، أو اصطـــلاح القيم الأساسية " Fundamental values" أو "Grundwertungen" مثـــــل المـادة ٦ مـن القـانون المدنى النمساوى. أو حتى بإضافــــة اصطلاح الحقوق الأساسية "Fundamental rights" أو مـــا يطلـــــق عليــــه بالألمانيـــة "Grundrechte" مثلمـا فعل المشرع الألمـانى سـنة ١٩٨٦. ومـا استقر عليـه العمل فـى فرنسا رغم أن نص المـادة ٦ من القـانون المدنى الفرنسى لم تذكر شيئا عن القوانين الأجنبية(١).

فضلا عن استقرار الفكرة على المستوى الدولى بنصوص المادة ٦ من اتفاقيـة البيع الدولى Sales convention المبرمـة سنة ١٩٥٥ والمادة ١٦ من اتفاقية رومـا والمـــــادة ٥ مــــن الاتفاقيـة الأمريكيـــة Inter-American Convention للقواعـد العامـة فـى القانون الدولى الخاص.

إلا أننـا - ورغم شيوع الفكرة - لا نجد من المشرعين من وضـع قائمـة بالحـالات التـى يطبق فيهـا الدفع بالنظـام العام. الأمر الذى يثير التساؤل عما هو المعيار الأمثل الذى يمكن الرجوع إليـه

---

(١) انظر رسالة La garde ، الموضع السابق.

لتحديد متى يأخذ القاضى بفكرة النظام العام؟

والحقيقة أنه ، ونظرا لخطورة فكرة النظام العام، حيث تقطع المجرى الطبيعى لتطبيق قاعدة الإسناد بمنع تطبيق القانون الذى أشارت إليه ، فقد حاول الفقهاء استخلاص بعض القواعد والمبادئ العامة التى تجلو مضمونها بما يوفق بين ضرورة تطبيق القانون الأجنبى أمام القاضى الوطنى، وبين احترام المبادئ العليا لمجتمع دولة القاضى(١). إلا أن محاولاتهم تلك لم تستقر على معيار واحد لتحديد المقصود بفكرة النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية وإنما أسفرت عن اختلافهم فى تعريف النظام العام وتحديد المعيار الذى يمكن الرجوع إليه للتوصل إلى ما يدخل فى إطاره وهو ما يمكن بيانه فى الاتجاهات الآتية:

الاتجاه الأول: حصر النظام العام فى القواعد الآمرة:

اتجه البعض فى الفقه التقليدى إلى أن النظام العام ما هو إلا مجموعة القواعد القانونية التى تعتبر بالنظر إلى الأفكار الخاصة المقبولة فى بلد معين، ماسة بالمصالح الجوهرية لهذا البلد(٢) بصرف النظر عما إذا كان الأمر يتعلق بمصالح دينية ، أم خلقية، أم سياسية ، أو اقتصادية.

ومن ثم اعتبر من النظام العام: القوانين الضرورية لصيانة الحالة السياسية والاجتماعية ونظام الدولة(٣) أو التى تتعلق

---

(١) الدكتور أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع، ص ٥٩١.

(٢) انظر :

F. Despagnet: precçis du droit intrenational privé, 5e ed. Paris, 1909, P. 231. "Revue et augmante par ch. De Boeck".

(٣) مثل القوانين المتعلقة بممارسة الحقوق السياسية والقانون الجنائى وقانون المرافعات ، انظر المرجع السابق ، ص ٢٣٢.

بالمصلحة العامة.(١)

وإذ إن كل القواعد القانونية التى تتعلق بتحقيق المصالح العامة الجوهرية هى قواعد آمرة فقد اتجه البعض إلى الربط بين النظام العام والقواعد الآمرة، والقول بأن القواعد المتعلقة بالنظام العام ما هى إلا القوانين الآمرة(٢) أو القوانين ذات الطابع الآمر المطلق.(٣) حتى أن من الفقهاء التقليدين(٤) من أنصار فكر الفقيه الإيطالى مانشينى من قال بأن المادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى التى تقرر بطلان الاتفاقات المخالفة للقواعد الآمرة وللآداب هى مما يتعلق بالنظام العام، على خلاف ما انتهى إليه الفقه الحديث من وجوب التفرقة بين النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى أو النظام العام فى العلاقات ذات الطابع الدولى(٥).

ورغم ما قدمه هذا الاتجاه من تطوير للفكرة إلا أنه لم يبين معيار تحديد ما يدخل فى إطار القواعد والقوانين الآمرة أو النظام

---

(١) انظر :

A. Weiss: Traité élementaire de droit international privé, Paris, 1890, P. 371.

وكذلك :

P. Surville : Cours élémantaire de droit international privé, Paris, 3 ed. 1900, P. 38-39.

(٢) انظر :

J. Valery: Manual de droit international privé, Paris, 1914, P. 56 & P. 570.

(٣) انظر الدكتور عنايت عبد الحميد، المرجع السابق.

(٤) انظر فى عرض ذلك الاتجاه :

G. Parra – Aranguren: Op. Cit., P. 90.

(٥) انظر فى تطوير فكر الفقيه سافينى والتفرقة بين النظام العام الداخلى والدولى:

Charles Brocher: Nouveau Traité .

De droit international priv, Vol. I, Genva - Paris, 1876, P.149.

العام الدولى[١]. بالإضافة إلى أن القول بأن النظام العام ما هو إلا القوانين الآمرة يعنى أن على القاضى أن يطبق هذه القوانين بدون الرجوع إلى قواعد الإسناد وبالتالى فلا مجال للكلام عن التعطيل الاستثنائى للقانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد إعمالا لفكرة لنظام العام فى العلاقات ذات الطابع الدولى.

الاتجاه الثانى: الربط بين النظام العام والهدف من قاعدة تنازع القوانين:

فالهدف من وضع قواعد الإسناد هو إعطاء حل عادل للمسائل ذات العنصر الأجنبى . ومن ثم يجب استبعاد القانون الأجنبى الذى قد تشير إليه قاعدة الإسناد إذا ما كان الحل الذى يقدمه لا يحقق هذه الغاية[٢].

الاتجاه الذى نرجحه : النظام العام فكرة معيارية وظيفية:

إزاء غموض وصعوبة وضع معيار موضوعى واضح لتحديد فكرة النظام العام بالنظر إلى أنها فكرة متغيرة فى كل بلد عن الآخر بل ومتغيرة فى البلد الواحد بتغير الأوقات والأفكار فيها قيل بأن النظام العام فكرة معيارية وظيفية[٣] تقوم على تحقيق

---

(١) انظر فى انتقاد هذا الاتجاه :
Giorgio Badiali: Ordine publico e Diritto straniero, Milan, 1963, P. 161-191.

(٢) انظر :
P. Arminjon: Precis de droit international privé, Paris, Dalloz, T.I. 1947, P. 221-228

والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

(٣) انظر :
G. Vallindas: Le principe de L'elasticité .

المصلحة العامة العليا، عند وجود تعارض حقيقى بين القانون الأجنبى والمبادئ العليا للمجتمع الوطنى. وهى بهذا الوصف لا يتأتى ضبطها إلا من خلال تحديد ماهية هذه المصلحة التى تستهدف تحقيقها أو حمايتها ، ذلك أن تطبيقاتها تختلف باختلاف العلاقات الاجتماعية فضلا عن أنها فكرة مرنة لا يمكن وضعها فى قالب علمى محدد[١].

ومن ثم فمن الأفضل الاكتفاء بوضع موجهات أو معايير عامة موضوعية يسترشد بها القاضى فى الكشف عن تعارض القانون الأجنبى مع الأسس والمبادئ العليا لمجتمعه[٢]. وقت نظر الدعوى[٣] حتى يكون تقديره موضوعيا، يستوحى شعور الجماعة لا مشاعره

---

de la reserve d'ordre public et les reserve specialisées .
Rev. Helinique de droit int., 1950, P. 55 et s.
P.Graulich: Principe de droit international privé, Paris, Dalloz, 1961, P. 163.

وانظر الدكتور فؤاد ياض، تنازع القوانين ، المرجع السابق، ط ١٩٩٤، ص ١٤٧.

(١) انظر :
P. Lagarde: Op. Cit. no 157.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٥٩٣، والمادة ٦ من القانون الدولى الخاص الموحد الذى تم اقراره فى هافانا سنة ١٩٢٨ والمعروف بقانون "Bustamatne" ومحاولات وضع تحديد لحالات تطبيق النظام العام من قبل مؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص والتى باءت بالفشل . انظر عرض هذه الجهود فى مؤلف :
Alexander N. Makarov: Op. Cit., P. 304 – 307.

(٣) انظر :
J. Niboyet: Cours de droit international privé, Francais, Paris, 2ᵉ ed. 1949, no. 524.

الشخصية[١] . معايير يجمع بينها فكرة أساسية هى ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبى الذى يتعارض تطبيقه مع الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية فى الدولة[٢].

المعايير المقترحة لتطبيق فكرة الدفع بالنظام العام:

١ - أنه يجب كقاعدة عامة استبعاد القانون الأجنبى إذا كان يشتمل على نظم قانونية غير معروفة فى قانون القاضى[٣].

غير أن هذا الرأى يبدو متطرفا وقد يترتب على الأخذ به زيادة غير مقبولة للحالات التى يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الإسناد. هذا فضلا عن أن مجرد تطبيق قانون غير معروف فى دولة القاضى لا يستتبع المساس بالقيم الأساسية والمبادئ السائدة فى دولة القاضى.[٤]

وقد عرضت على محكمة النقض الفرنسية دعوى بشأن تغيير جنس المدعى (مخنث) حيث لا يعرف قانون جنسيته (القانون الأرجنتينى) الحق فى تغيير الجنس وأثيرت أمام المحكمة مسألة استبعاد القانون الواجب التطبيق لعدم اشتماله على نظام قانونى معروف فى القانون الفرنسى إلا أن الفقه الفرنسى فى

---

(١) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل ، دروس فى القانون الدولى الخاص، طبعة ١٩٦٢، ص ٧٦.

(٢) الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ص ١٦٩ ، وانظر :
H. Batiffol: Traité Elémentaire de droit international privé, Paris, ed, 1959, no. 358.

(٣) انظر:
J. Niboyet : Traité de droit international privé Francais, Paris, T. III, 1944. no 1022 et. Suiv.

(٤) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ص ١٤٤.

تعليقه على الحكم اتجه إلى أننا يجب ألا ننساق وراء هذه الفكرة، ذلك أن الحق المشار إليه وإن لم يعرف فى القانون الأرجنتينى فهو حق من حقوق الإنسان ويحميه القانون على هذا الأساس حتى ولو لم يتم النص عليه صراحة. وبالتالى فلا داعى لتطبيق الدفع بالنظام العام، وإنما يجب الرجوع مرة أخرى إلى القانون الشخصى للمدعى وإعمال قاعدة الإسناد(١).

ومن ذلك أيضا أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت اعتبار القانون اليوجسلافى الذى تقوم فيه المسئولية على الخطأ ولا يتضمن نظاما لتعويض الضرر يماثل ذلك الذى قرره المشرع الفرنسى بموجب قانون ٥ يوليو ١٩٨٥، مخالفا للنظام العام الدولى فى فرنسا.(٢)

٢ – ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبى بناء على فكرة النظام العام إذا كان يتضمن حلا غير عادل بأن كان ينطوى على مساس بمبادئ العدالة الدولية(٣) Principes de justice universelles أو يبتعد عن المبادئ العامة المتعارف عليها فى الأمم المتحضرة(٤) ومخالف للضمير الإنسانى

---

(١) انظر حكم محكمة باريس فى ١٤ يونيو ١٩٩٤ ، منشور فى:
Rev. crit. dr. int. pr., 1995, P. 308, note Y. lequette.

(٢) Cass. Civ. 1re.,4 Avril 1991, G.A.N., Clunet, 1991, P. 981, note Legier.

(٣) انظر تعليق:
H.Batiffol: Rev. Crit. Dr. int. pr. 1949, P. 89.

(٤)انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق ص ٥٩٣، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ،وكذلك :
A.K. Kuhn: Comparative commentaries on private international law, 2nd ed. Fred Rothman, Colorado, 1981, P. 34.

والقواعد المقبولة لدى كافة الشعوب. مثل القانون الذى يحرم الفرد من بعض الحقوق الأساسية لأسباب عنصرية من دين أو لون أو الانتماء لطائفة معينة.

ومن ذلك أن محكمة النقض الفرنسية رفضت سنة ١٩٢٨ تطبيق القانون الصادر بتأميم بعض الشركات دون تعويض عادل(١).

وإن كان من الواجب أن نلاحظ أن مخالفة النظام العام يجب أن تقدر دائما فى ضوء النتيجة التى تترتب على تطبيق القواعد القانونية الأجنبية فى الحالة المعروضة على القاضى. بل إن محكمة النقض الفرنسية لم تجعل أى ميزة خاصة للحقوق ذات القيمة الدستورية Valeur Constitutionnlle ، وإنما تعرض لكل حالة بحسب ما ترتبه من آثار غير مقبولة وتتعارض مع المبادئ والأسس الجوهرية للمجتمع.(٢)

٣ – ذهب فريق ثالث إلى أنه يجب استبعاد القانون الأجنبى لمخالفة النظام العام إذا كان متعارضا مع المبادئ والأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية لمجتمع دولة القاضى بحيث يؤدى تطبيقه إلى إلحاق الضرر بالمصالح الحيوية لذلك المجتمع، مثل القانون الذى يبيح زواج المحارم أو التبنى بين المسلمين أو ميراث غير المسلم للمسلم أو المساواة بين الابن

---

(١) Cour de Cass. (Ch. Req.) – 5 mars 1928 Etat Russe C. Cie La Ropit, Rev. dr. int., 1929, P. 288, note Niboyet.

(٢) انظر :
P. Mayer: La convention europeenne des droits de L'homme et L'application des normes etrangéres, Rev. crit. dr. int. pr., 1991, P 633.

والبنت فى الميراث بين المسلمين.[١]

٤ ـ كما يرى البعض أنه يعد مخالفا للنظام العام القانـــون الذى يهدر الحقوق الطبيعية للإنسان[٢] مثل القانون الذى لا يسمح لأم بالاعتراف بابنها غير الشرعى ، مهدرا حقها الطبيعى الواجب احترامه ولو لم يوجد نص بشأنه فى قانون وضعى.[٣]

٥ ـ ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى الربط بين فكرة النظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية والأهداف التشريعية للمشرع الوطنى فى دولة القاضى[٤].

ومن ثم يعد مخالفا للنظام العام فى دولة القاضى القانون الأجنبـــى الـــذى تتنافى أحكامه مع مبادئ السياسة التشريعية للدولة[٥]حتى ولو لم تكن أحكامه هذه متعارضة فى مضمونها مع

---

(١) انظر : Kuhn: Op.cit., P. 37
والدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٥٩٤، وحكم محكمة النقض المصرية بجلسة ١٩٧٩/٦/٢ فى الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ق مج الأحكام ، السنة ٣٠ ص ٧٢٢.

(٢) انظر :
W. Goldschmidt: Systéme et philosophie du droit international prive, Rev. crit. dr. int. pr., 1956, P. 238.
Ph. Franancescakis : Droit natural et droit international privé, melanges Maury., Paris, 1960, T.I., P. 113.

(٣) فى تعلق الحق بالأمومة والأبوة بالنظام العام .انظر :
Alain Benabent : L'ordre public en droit de la famille, dans L'ordre public à la Fin du xxe siecle, Dalloz 1996, P. 27 Spec. P. 29.

(٤) فى تطبيق لهذا الرأى . انظر:
Cass. Civ. 3 Juin 1966, Rev. Crit. Dr. int. pr. 1968, P. 64 note J. Derruppé.

(٥) انظر

مبادئ العدالة والقانون الطبيعى(١) ذلك أن من خصائص قاعدة الإسناد، وهى قاعدة قانونية وطنية ، أنها قاعدة مجردة وغير محددة المضمون، ومن ثم فقد تشير إلى قانون أجنبى يتعارض مع أحد الأهداف المهمة التى يرمى تشريع دولة القاضى إلى تحقيقها(٢)، الأمر الذى لا يمكن قبوله ويخول القاضى سلطة استبعاد هذا القانون.

ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من استبعاد القانون الأجنبى الذى يقرر مدة أطول مما ورد بالقانون الفرنسى لرفع دعوى الاعتراف بالأبوة(٣) . إذ وإن كان طول المدة المقررة فى القانون الأجنبى لا يشكل مخالفة لمبادئ العدالة والقانون الطبيعى إلا أنه يتعارض مع الهدف من تقصير المدة وهو تحقيق الاستقرار للروابط العائلية.

ونحن نميل إلى ترجيح الرأى القائل بالاكتفاء بوضع معايير للبحث فيما يتعارض مع النظام العام الوطنى فى دولة القاضى، نظرا إلى ما ذكرناه من أنها فكرة معيارية وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة هى حماية النظام القانونى الداخلى وتختلف حسب المكان والزمان، ومن ثم فليس من الملائم وضعها فى إطار جامد، وإلا انفصلت عن النظام القانونى الذى تعمل فيه(٤).

---

(١) H. Batiffol: Aspects philosophique de droit international privè, Dalloz, Paris, 1956, P. 159.
H.Batiffol & P. lagarde: droit international privé, 6. ed. T.I, L.G.D.J., Paris, 1976, P. 450.

(٢) انظر المثال الذى عرضناه سلفا ص ٢٢٥، ٢٢٦ من هذا المؤلف.

(٣) Cass. Civ., 30 Nov. 1938, Sirey, 1939, I. P. 63.

(٤) انظر : La garde : Op. Cit., No 151.

هذا بالإضافة إلى أنه حتى ولو تمكن المشرع من حصر كل الحالات التى يحتمل أن ينطبق فيها الدفع بالنظام العام فإن هذا لا يعنى أن المشكلات قد انتهت . مثال ذلك أن اتفاقية لاهاى بشأن الزواج التى أبرمت سنة ١٩٢٠ كانت قد ضمت قائمة بكل الموانع التى قد تعترض تطبيق القانون الوطنى الذى يجب تطبيقه لتحديد الأهلية للزواج ، إلا أنه وعند تطبيق نصوص الاتفاقية ظهرت موانع أخرى مثل التصريح الواجب استصداره بالنسبة للعسكريين للزواج فى أحوال معينة وهو ما انتهت المحاكم الفرنسية إلى استبعاده على أساس من تطبيق الدفع بالنظام العام ، على الرغم من عدم النص عليه ضمن نصوص الاتفاقية(١)، وهو ما يثبت عدم إمكانية وضع بيان كامل بكل ما يتعارض مع النظام العام لاسيما وأن النظام العام – على نحو ما أسلفنا – فكرة نسبية ومتطورة تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان. فالطلاق الذى كان محظورا فى ايطاليا وأسبانيا حظرا يتعلق بالأسس الجوهرية للمجتمع لم يعد كذلك فى الوقت الحالى ، فإذا كان إعداد قائمة بالحالات التى تتعلق بالنظام العام أمرا عسيرا فإنها إذا أعدت ظهرت صعوبة أكبر فى تطويرها لتواكب تطور المصالح الجوهرية للمجتمع.

معيار الدفع بالنظام العام فى الشريعة الإسلامية :

إذا كان تحديد ما يدخل فى النظام العام فى ظل القوانين الوضعية أمراً صعباً وغير ثابت فإن الأمر غير ذلك فى ظل أحكام

---

(١) Màrkarov: Op. Cit., P. 307-311.
والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥٩٢ ومابعدها.

الشريعة الإسلامية ، فإن جاز تطبيق شرائع غير المسلمين والأجانب فيما أقروا عليه – بمعنى تطبيق شرائع أجنبية غير الشريعة الإسلامية فى دار الإسلام – إلا أن هذه الإجازة ليست على إطلاقها إذ يشترط ألا يكون فى تطبيق القانون أو الشرع الأجنبى إضرار بالمسلمين، أو بعبارة أخرى ألا يكون فى الأخذ بأحكام الشرع الأجنبى إهمال للأحكام الإسلامية التى لا تقبل التغيير ولا يباح الخروج عليها مطلقا.(١)

ذلك أن إطلاق الأخذ بأحكام الشريعة الدينية أو الوضعية الأخرى يؤدى إلى تقويض لدعائم المجتمع الإسلامى فى بلاده واستهتار بتعاليمه الثابتة فى حق جميع المقيمين فى دار الإسلام بلا استثناء.(٢)

وعلى ذلك فإن إجازة تطبيق الشرائع والقوانين الأجنبية يجب ألا تنسحب إلى المسائل المتعلقة بكيان المجتمع، بل يجب أن تقتصر على الأحكام التى تحتمل التبديل والتغيير.

ومن ثم فإذا كنا بصدد حكم من الأحكام التى لا تحتمل التبديل والتغيير فلا ينظر إلى تشريع أو قانون غير الشريعة الإسلامية.(٣)

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق ص ١٧١.

(٢) مثل زواج المحارم أو أحكام الزنا حيث تسرى على المسلمين وغيرهم دون استثناء.

(٣) يقصد بالحكم الذى يحتمل التبديل "كل حكم كان أصليا قبل الخطاب على وجه لو لم يرد الخطاب لبقى مشروعا فى حق المسلمين" مثال ذلك ما يتعلق بالخمر: فالخمر كانت مباحة قبل نزول الحكم بتحريمها ، وبهذا التحريم أصبح بيع الخمر غير جائز بين المسلمين، مع أنه كان جائزا قبل ذلك ، ولو لم يصدر هذا التحريم لاستمر البيع صحيحا حتى بين غير المسلمين.

بمعنى أن تطبيق الشرائع الأجنبية فى دار الإسلام معيـــاره ألا يكـون فـى تطبيقهـا إضـرار بالمـسلمين وألا يكـون فـى تطبيقهـا إهدار للقواعد الأساسية والجوهرية التـى لا تقبل التبـديل أو التغيير فى الشرع الإسلامى، ولاشك فـى أن مثـل هذه الأحكـام ممـا استقر على تحديده الفقه والقضـاء فى الإسلام، مما يجعل معيـار تحديد مـا يتعلق بالنظـام العـام أمراً أكثر يـسرا ممـا هو عليـه بشأن القوانين الوضعية.

المطلب الرابع

آثار الدفع بالنظام العام

استتبع اختـلاف الفقهـاء علـى طبيعـة الـدفع بالنظـام العـام أن اختلفـوا حـول نطاقـه، الـذى يتغيـر بتغيـر النظريـة التـى يؤخـذ بهـا، وبتغيـر الزمـان والمكـان. إلا أنـه يمكـن القـول بوجـود آثـار عاديـة وأخرى استثنائية.

أولاً : الآثار العادية :

وجد اتجاهـان فـى أقوال الفقهـاء وفـى التشريعات فـى نطـاق هذه الآثار.

وعلى خلاف ذلك فان الحكم القاضى بتحريم الزنـا ، حكم لا يحتمل التبديل ، لأنـه لو لم يحرم صراحة لما كـان مشروعا فـى حق المسلمين، إذ اجمعت كل الشرائع على حرمته.

وبالمثل فإن حكم الربا قد ورد فى القرآن ما يدل على سبق تحريمه حتى على غير المسلمين إذ يقول الحق سبحانه "وأخذهم الربـا وقد نهوا عنـه وأكلهم أموال النـاس بالباطـل" ، وقـال رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم "ألا من أربـى فليس بيننـا وبينـه عقد". ومن ثم فحكم الربا لا يقبل التبديل أو التغيير.

الاتجاه الأول : استبعاد الجزء المخالف للنظام العام من القانون الأجنبى :

نرى مع بعض الفقهاء الألمان أن تطبيق فكرة النظام العام يجب ألا يؤدى إلى استبعاد القانون الأجنبى بأكمله، وإنما إلى استبعاد القاعدة أو القواعد المخالفة للمبادئ الأساسية للنظام القانونى الوطنى للقاضى[١]، متأثرين فى ذلك بحكم محكمة الرايخ Reichsgericht فى ١٩ ديسمبر ١٩٢٢ بشأن استبعاد قاعدة عدم تقادم الديون الواردة بالقانون السويسرى – القانون الأجنبى واجب التطبيق – وتطبيق قاعدة التقادم بمضى عشر سنوات[٢].

هذا إلا إذا كان الاستبعاد الجزئى لا يحقق الحماية المطلوبة من تطبيق الدفع بالنظام العام، كما لو كان القانون الأجنبى كله مخالفا للنظام العام بحيث لا يوجد فيه من قواعده ما يصلح للتطبيق أمام القاضى الوطنى.

وقد وجد لهذا الاتجاه مجال للتطبيق حيث قننه المشرع البرتغالى بالمادة ٢/٢٢ من القانون المدنى التى أوجبت عدم الرجوع إلى القانون الوطنى للقاضى إلا بعد أن يحاول تطبيق ما يصلح من القواعد فى القانون الأجنبى ذاته. والمشرع النمساوى بالمادة ٢/٦[٣] من مجموعة القانون الدولى الخاص والتى تقرر أنه

---

(١) Alexander N. Markarov: Grundriss des internationalen Privatrechts, Frankfurt am main, 1970, P. 98 – 100.
Hans Dölle: internationales privatrecht, Ein Einführung in seine Grundlagen, 2nd ed. Karlsruhe, 1972, P. 112-113.

(٢) انظر الحكم منشور فى Rev. crit. Dr. int. pr, 1926, P. 278

(٣) انظر :

لا يجوز تطبيق حكم فى القانون الأجنبى إذا كان تطبيقه يؤدى إلى نتيجة تتعارض مع القيم الأساسية للنظام القانونى النمساوى ، والمشرع المصرى بالمادة ٢٨ من القانون المدنى والمشرع التركى بالمادة /٥ [١] من مجموعة القانون الدولى الخاص.

وقد استند هذا الاتجاه إلى أن الاستبعاد الجزئى للقانون يتفق مع غاية وطبيعة الدفع بالنظام العام، إذ الهدف هو درء الخطر الذى يتهدد الأسس والقيم العليا للمجتمع الوطنى والوسيلة المستخدمة هى وسيلة ذات طبيعة استثنائية تقطع المجرى الطبيعى لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، ومن ثم يجب ألا نتوسع فى تفسيرها ولا فى استخدامها احتراما لقاعدة التنازع الوطنية.

الاتجاه الثانى: الاستبعاد الكلى للقانون الأجنبى وتطبيق قانون القاضى:

على عكس الاتجاه الأول اتجه أنصار إسناد العلاقة للقانون الأجنبى باعتباره إسنادا إجماليا وكل لا يتجزأ ، ولا يصح استبعاد بعض قواعده دون البعض الآخر ، إلى وجوب الاستبعاد الكلى للقانون المشار إليه على أن يتم ملء الفراغ الناجم عن ذلك بتطبيق القانون الوطنى للقاضى[٢] على نحو ما كرسته المادة ٧٣ من

Alfred Duchek-Fritz Schwind: internationales privatrectht, Vienna, 1979, P. 25-26.

(١) فى التعليق عليها . انظر :
Gülören Tekinalp: Der Turkische “Gesctentwurf über internationales privatrecht und Zivil verfahrensrecht, Rabel Z., Vol. 46, 1982, P. 370.

(٢) انظر :

P. Lagarde: Recherches, Op. Cit., P. 201-218.

القانون المدنى الكويتى الصادر عام ١٩٦١، واتبعه المشرع الجابونى بالمادة ٣٠ والسنغالى بالمادة ٨٥١ والمشرع الاماراتى بالمادة ٢٨.

اختلاف آثار تطبيق الدفع بالنظام العام فى الشريعة الإسلامية عنها فى النظم الوضعية:

تختلف هنا الآثار التى يرتبها الدفع بالنظام العام فى القوانين الوضعية عن تلك التى يرتبها تطبيق الدفع بالنظام العام فى الشريعة الإسلامية، فلا مجال للأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئى. إذ من المقرر أنه فيما يتعلق بأحكامها التى لا تقبل التغيير والتبديل أنه يجب استبعاد أى قانون أو تشريع أجنبى استبعاداً كلياً لصالح تطبيق الشريعة الإسلامية التى تستأثر بكل الاختصاص التشريعى، سواء فى ذلك أن تتعلق القاعدة الواجب استبعادها بجانب الموضوع أم بجانب الشكل من جانبى صحة نشأة المركز القانونى(١). وسواء فى ذلك أن يعرض النزاع بشأن مرحلة نشوء الحق أم فى مرحلة نفاذه.(٢)

---

(١) انظر الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، أساليب فض تنازع القوانين ذى الطابع الدولى فى الإسلام، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد ٥٣ سنة ١٩٩٧ ص ٣٤، ٥٧، ١١٨، بند ٩٤، ولنفس المؤلف اطراح فكرة الدفع بالنظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٥، ص ١٠٣ ومابعدها، والدكتور محمد شتا أبو سعد، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامى، ط ١٤٠٧هـ - ١٩٧٧م، ص ١٤٩- ١٥٠، ١٩٢.

(٢) على النحو الذى سنعرض له فى مواضع عدة فى هذا المؤلف عند الكلام عن الأثر المخفف للنظام العام والزواج وآثاره وانقضاؤه.

ثانيا : الآثار الاستثنائية للدفع بالنظام العام:

١ - الأثر المخفف للدفع بالنظام العام :

يفرق فقهاء القانون الدولى الخاص فى صدد أثر الدفع بالنظام العام ما بين فرضين: **أولهما** : أن يثار الدفع أمام القاضى بشأن علاقة تمت فى بلده. **وثانيهما:** أن يثار الدفع أمامه بشأن علاقة تمت فى الخارج ويراد التمسك بآثارها فى بلده، وبعبارة أخرى أن يثار الدفع بشأن حق اكتسب فى الخارج .

ويرون أن اثر النظام العام يختلف بالنسبة لكل حالة من الحالتين.

فبالنسبة للمراكز القانونية التى يراد انشاؤها فى دولة القاضى ، مثل إبرام زواج ، إيقاع طلاق .... الخ ، يجب أن يرتب الدفع بالنظام العام أثره كاملا بحيث يستبعد القانون الأجنبى الذى يتعارض مع مقتضيات النظام العام ، ليحل محله قانون القاضى الذى ينظر النزاع.

أما بالنسبة للمراكز القانونية التى تمت نشأتها بالفعل فى الخارج وفقا لأحكام قانون اجنبى مخالفة للنظام العام فى دولة القاضى ، إلا أنه ورغم ذلك يراد أن يحتج بها فى إقليمه الوطنى، فأن الدفع بالنظام العام لا يرتب كامل أثره. مثال ذلك أن يبرم مسلم زواجه الثانى فى مصر وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ثم ترفع ضده زوجته دعوى تطالبه بأى أثر من أثار الزواج ، إذ لا يملك القاضى الفرنسى الحكم ببطلان مثل هذا الزواج أو عدم الاعتداد به بشأن الطلب المعروض عليه على الرغم من أن تعدد الزوجات

يصطدم بالنظام العام فى النظام القانونى الفرنسى. وهذا هو ما يطلق عليه الأثر المخفف للنظام العام(١).

ويستند المدافعين عن هذه الفكرة إلى عدة أسانيد منها :

أ - أن الشعور العام فى دولة القاضى لا يتأثر إزاء مركز أو علاقة تم نشوؤها فى الخارج بنفس القدر الذى يتأثر به إذا ما أريد إنشاء نفس العلاقة داخل دولة القاضى.(٢)

ب - أن الأخذ بهذه الفكرة - على وجه خاص فى مجال الأحوال الشخصية - يسمح بدوام حالة الشخص ، واحترام المراكز الواقعية التى تكونت بالفعل والتى لا يجب إهدارها.(٣)

ج - أن هذا الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام هو ما يتفق مع طابعه النسبى.

فالقاضى الوطنى لا يعمل الدفع بالنظام العام بالنسبة للمراكز القانونية التى تم نشوؤها بالخارج نظراً لأن نشأة هذه المراكز لا صلة له بالنظام القانونى الوطنى حتى يتعين البحث عن

---

(١) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية بشأن الدعوى المرفوعة من الزوجة الثانية (يهودية تونسية) المتزوجة فى الشكل الدينى فى تونس وفقا للقانون التونسى الصادر فى ١٣ أغسطس ١٩٥٦ الذى يسمح بتعدد الزوجات للمسلمين واليهود، مطالبة زوجها (اليهودى) الديانة التونسى الجنسية بنفقة زوجية.
Cour de Cass. (Ch. Civ. I^{re} Sec.) – Chemouni C. Chemouni, 28 Jan. 1958. Rev. Crit. dr. int. pr. 1958. 110. note Jambu-merlin, J.C.P., 1958. II. No 10488, note Louis- Lucas et 19 Fev. 1963. Rev. Crit. dr. int. pr. 1963. P. 559 note G.H.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٣٩.

(٣) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٦١٦ "فالزواج الذى يتم صحيحا فى الخارج، وفقا للقانون المختص وقت انعقاده ، يجب أن يظل صحيحا ، ولا ينقلب إلى علاقة غير شرعية على أثر التمسك بآثاره فى الخارج".

مدى اصطدامه بالنظام العام في دولة القاضي .

د - أن الأخذ بهذه الفكرة أمر يقتضيه اضطراد المعاملات الدولية.

ذلك أن الأخذ بالأثر الكامل للدفع بمخالفة النظام العام بشأن العلاقات التى تتم خارج إقليم الدولة التى يتبعها القاضى "من شأنه الحد من العلاقات القانونية التى تمتد عبر حدود الدول بشكل قد يهدد حياة المجتمع الدولى للأفراد ويصيب التجارة الدولية بأبلغ الأضرار نظراً لحرمانها مما تحتاج إليه من تأمين لحقوق الدائنين فى المجال الدولى".(١)

والأمر غير ذلك فى ظل تطبيق الشريعة الإسلامية إذ لا يفرق بين أن يعرض النزاع بشأن مرحلة نشوء الحق أم مرحلة نفاذه وترتيب آثاره(٢).

ذلك أنه إذا كان استبعاد القانون الأجنبى أمراً واجباً كلما تخ‍ٔف الاشتراك القانونى بين قانون القاضى والقانون الأجنبى المختص، فإنه يكون واجبا كلما كان تطبيق القانون الأجنبى يمكن أن يمس أصلا من أصول التشريع الإسلامى باعتباره المصدر الأول للقانون فى مصر والبلاد الإسلامية ، سواء كان سبب هذا الانقطاع راجعا إلى أسباب فنية، كما إذا كانت دولة القاضى تجهل النظام القانونى الذى يطبق فى الدولة الأجنبية ، أو لاعتبارات

---

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٤٠.

(٢) انظر الدكتور عنايت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٣٤، ٥٧ ، ١١٨ بند ٩٤، ومؤلف سيادته اطراح فكرة الدفع بالنظام العام، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٣ ، والدكتور محمد شتا، المرجع السابق، ص ١٤٩، ١٥٠، ١٩٢.

ملائمة، كما إذا كان قانون القاضى لا يقر وضعا سائدا فى القانون الأجنبى المراد تطبيقه فى هذا الصدد مثل إثبات نسب الولد الطبيعى .

فإذا كانت فكرة النظام العام فى القوانين الوضعية فكرة نسبية فإنها فى الشريعة الإسلامية فكرة مطلقة، ومن ثم يجب استبعاد كل قانون أجنبى يتنافى مع التشريع الإسلامى وأسس العقيدة الدينية، أى يتنافى مع النظام العام الإسلامى، استبعادا كليا مع إحلال القانون الإسلامى محله، بغير تفرقة فى آثار النظام العام بين حالة يعرض فيها الدفع بمناسبة إنشاء الحق فى دولة القاضى أو بصدد نفاذه فيها. خاصة وأن القاعدة الأصلية هى أن أحكام الإسلام إقليمية فى دار الإسلام، ومن ثم فهى تلزم كمبدأ عام المسلمين وغير المسلمين فيما يتعلق بالمعاملات.

٢ - الأثر الانعكاسى للنظام العام :[١]

ثار التساؤل عن قيمة العلاقة القانونية التى تتم وفقا لمقتضيات النظام العام فى بلد القاضى ، فى البلاد الأخرى ؟.

والحقيقة أنه "إذا كان لا نزاع فى أن الحق الناشئ من هذه العلاقة يحتج به فى بلد القاضى ، فإنه لا نزاع أيضا فى أن هذا الحق لا يحتج به فى البلد الأجنبى الذى استبعد قانونه. أما الاحتجاج بالحق فى البلاد الأخرى أو عدم الاحتجاج به فيتوقف على مدى توافق مقتضيات النظام العام فى الدولة الثالثة مع هذه المقتضيات فى بلد القاضى أو فى البلد الذى أستبعد قانونه . فإن

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٥٥٠.

ضم الدولة الثالثة ودولة القاضى اشتراك قانونى ، كانت مقتضيات النظام العام فيهما واحدة وأمكن الاحتجاج فى الدولة الثالثة بالحق الذى نشأ فى دولة القاضى، وهذا هو ما يعبر عنه بالأثر الانعكاسى للنظام العام . أو ما يعبر عنه "بأن النظام العام الأجنبى ، لم يكن فى حقيقة الأمر سوى أداة للتعبير عن مضمون النظام العام الوطنى ذاته".

وأما إذا كانت الدولة الثالثة لا يضمها اشتراك قانونى مع دولة القاضى بل يضمها اشتراك قانونى مع الدولة التى أستبعد قانونها ، لما أمكن الاحتجاج بالحق فى تلك الدولة الثالثة .

وعلى ذلك فلو رجعنا إلى قضية زواج اليونانيين فى الشكل المدنى فى فرنسا، فأن هذا الزواج لا يحتج به فى اليونان (التى استبعد قانونها الذى يرفض الزواج المدنى) حيث الزواج نظام دينى، ومع ذلك يمكن أن يحتج به فى بلجيكا حيث الزواج نظام مدنى[١] وهكذا .

---

(١) انظر :

Niboyet: op. cit., no. 518.

المبحث الثالث
الغش نحو القانون

إذ يضع المشرع قواعد الإسناد لحل مشكلة التنازع بين مختلف النظم القانونية ، فأنه ولاشك يعمل على حماية المصلحة العامة الوطنية فى الوقت الذى يضع فى اعتباره حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة .

غير أن المصالح الخاصة لأطراف العلاقة ربما تدفعهم إلى محاولة تجنب القانون الذى تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد بالتغيير فى عنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية ليتغير ضابط الإسناد على نحو يتغير معه القانون الواجب التطبيق ، وذلك هو ما يطلق عليه الفقهاء الغش نحو القانون.

المطلب الأول
مفهوم الغش نحو القانون

يعرف الغش نحو القانون ، بصفة عامة ، بأنه "التدبير الإرادى لوسائل مشروعة فى ذاتها للوصول بها إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه".(١)

أما فى مجال القانون الدولى الخاص ، بصفة خاصة، فيمكن تعريفه بأنه "التعديل الإرادى النظامى للعنصر الواقعى فى ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلا ، سواء كان قانون

---

(١) تعريف H. Desbois برسالتــه فى "الغش نحو القانون" مشار اليها لدى الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ٥٥٧.

القاضى أم قانون أجنبى".[١]

فبشأن العلاقات ذات العنصر الأجنبى يتحقق الغش نحو القانون إذا ما قام ذوو المصلحة بتغيير أحد العناصر التى تستمد منها ضوابط الإسناد "التى يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد وذلك بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة ".[٢]

لما كانت ضوابط الإسناد تستمد من "الظروف الواقعية أو القانونية المحيطة بالعنصر الرئيسى فى العلاقة". وكان لإرادة الأفراد دخل فى اختيارها أو فى تغييرها ، كان لها القدرة على إحداث آثار قانونية فى مجال العلاقات الخاصة الدولية.

وإذ أنها "تجنح فى الغالب إلى الفكاك من أى قيد يحد من سلطاتها أو يقلل من استفادتها. كان من المتصور أن "يسعى الأفراد إلى تغيير الظروف المتصلة بعنصر العلاقة الرئيسى وذلك باصطناع ظروف جديدة يترتب عليها تغيير ضابط الإسناد بحيث يتسنى لهم الهروب من القانون الذى كان يجب أن يحكم العلاقة لو أن الظروف المحيطة بعناصر العلاقة ظلت كما هى دون تغيير،

---

(١) تعريف الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٤٢ وهو معبر بدقة عن المسألة المعروضة .

(٢) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية:

"Il y a Fraude à la loi en droit international privé Lorsque les partie ont Volontairement Modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente".

Cour de cassation (Ch. Civ.) – 18 mars 1878, princesse de Bauffremont., S. 1878. I. 193, note Labbé.

وإخضاعها لقانون آخر بمقتضى الضابط الجديد".[١]

المطلب الثانى

شروط الدفع بالغش نحو القانون

يتضح من تعريف الغش نحو القانون فى مجال العلاقات الخاصة الدولية أن هناك شرطان يجب توافرهما لإمكان الدفع به هما :

أولا : إجراء تغيير إرادى فى ضابط الإسناد :

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر العنصر المادى فى الغش، وهو إجراء تغيير إرادى فى ضابط الإسناد[٢]، بمعنى أن تلعب الإرادة دورا فى قلب الاختصاص وتحويله من قانون إلى آخر.[٣]

وعلى ذلك فلا يتصور توافر هذا الشرط إلا إذا كان ضابط الإسناد مما يكون للإرادة دورا فى تحديده أى أن تكون ضوابط إسناد قابلة للتغيير أو يمكن تعديل العنصر الواقعى فيها، كضوابط الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول .

وقد اتفق الفقهاء على أن تحقق هذا الشرط يقتضى توافر

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٤٢.

(٢) أنظر:

Cour d Cass Ch. I^re 18 mai 1983 Soc. Lafarge, Rev. Crit. dr. int. pr. 1985, 346, note B. Ancel.

وكذلك الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٤٢٦.

(٣) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية- مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٤ - ٢٨٧.

العناصر الآتية:

أ - أن يكون قد وقع سليما ونظاميا :

"فمن غير جنسيته أو موطنه ينبغى أن يكون قد استوفى الشروط المقررة قانونا وأكتسب فعلا الجنسية ، أو الموطن حسب قانون دولة الجنسية أو الموطن الجديد .

وعلى هذا لو أدعى شخص اكتساب جنسية دولة معينة وطالب بتطبيق قانون دولة جنسيته الجديدة ، لكن اتضح أن اكتسابه لتلك الجنسية لم يكتمل ولا تعتبره دولة تلك الجنسية من رعاياها ، فلا مجال للدفع بالتحايل أو الغش نحو القانون ، لأن التغيير فى الظروف المحيطة لتطبيق ضابط الإسناد لم يتم من الناحية الواقعية والقانونية ، إذ يكفى لاستبعاد قانون دولة الجنسية الجديدة الدفع بعدم اكتسابه لتلك الجنسية"(١).

ومعنى هذا أنه يجب أن يكون تغيير ضابط الإسناد فعليا. إذ لو كان التغيير صوريا لما كنا فى حاجة إلى أعمال الدفع بالغش نحو القانون. حيث يكفى التمسك بأحكام الصورية.(٢) وبالتالى فإذا اتخذت إحدى الشركات مركزا صوريا للإدارة للتهرب من أحكام قانون الدولة التى فيها مركز إدارتها الفعلى لم نكن بحاجة لاستخدام الدفع بالغش نحو القانون أكتفاءً باستخدام الدفع بالصورية.

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٨٧ ومابعدها.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، دروس فى القانون الدولى الخاص، ط ١٩٦٢، ص ٨١، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٢٩، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢١٨.

ب - أن يكون إراديا :

ومعنى هذا أنه إذا فرض على الشخص أن يُغير جنسيته، كأن ثبتت له الجنسية الجديدة بمجرد زواجه من أجنبية ، فإن تغير القانون الواجب التطبيق كأثر لذلك لا يسوغ استبعاد هذا الأخير استناداً للدفع بالغش نحو القانون. إذ أن التغيير فى العنصر الواقعى الذى يستخدم فى إيجاد ضابط الإسناد قد حدث عرضا بغير ان يكون مقصودا لذاته .

ج - أن يكون منتجا:

وأخيراً يشترط الفقهاء فى التغيير الذى وقع إراديا على العنصر الواقعى أن يكون من شأنه تعديل الاختصاص التشريعى . فإذا غير الشخص مثلا جنسيته ليحقق هدفه من التحايل على القانون ثم تبين أن دولة القاضى لا تعتد بالجنسية بل بالموطن ، أو غيرت فى قواعد الإسناد فى قانونها بحيث صار ضابط الإسناد هو الموطن بدل من الجنسية ، لم يتحقق الشرط الأول من شروط الدفع بالغش نحو القانون .

وهنا ثار تساؤل عن إمكانية توافر الركن المادى للغش بتغيير الديانة؟

يرى البعض أنه رغم عدم اعتداد المشرع بالديانة كضابط لإسناد العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا إلا أن الركن المادى للغش كما يمكن أن يتحقق فى حالة تغيير الديانة فى مجال التنازع

الداخلى للقوانين[١] فأنه يتحقق كذلك فى مجال العلاقات الخاصة الدولية فيما لو كان تغيير الديانة قد تم باعتناق الإسلام بغرض الاستفادة من استقرار المحاكم فى دولة مثل مصر فى مجال الأحوال الشخصية على استبعاد القوانين الأجنبية المختصة ، اخذاً بالدفع بالنظام العام ، متى تعارضت مع حقوق المسلمين ، بصرف النظر عن حقيقة الدوافع الكامنة وراء اعتناق الشخص للإسلام.[٢]

إلا أنا نؤيد رأيا آخر يغلب فى قضاء المحاكم مؤداه: رفض إعمال نظرية الغش فى هذه الأحوال على أساس أن اعتناق الشخص للإسلام يمتنع معه تطبيق قانون جنسيته الأجنبية الذى يحظر عليه ممارسة حق من الحقوق المقررة له شرعا، كما لو كان قانون يحظر الطلاق، لمخالفة ذلك للنظام العام فى مصر.

إلا أن الاتجاه الغالب فى القضاء يذهب إلى رفض إعمال نظرية الغش على أساس أن اعتناق الزوج للإسلام يمتنع معه تطبيق قانون جنسيته الأجنبية الذى يحظر ، مثلا ، الطلاق لمخالفة ذلك للنظام العام فى مصر[٣].

---

(١) انظر المادة /٧ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن تغيير الملة والطائفة أثناء سير الدعوى . وأنظر الدكتور سمير تناغو، أحكام الاسرة ط ١٩٦٨ ، ص ٦١.

(٢) أنظر فى هذا الرأى وتأييده الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٣٢٧-٣٢٨ ، وأنظر من الاحكام التى اعتمدت هذا الاتجاه قضاء الاستئناف المختلط الصادر فى ٢٩ ابريل ١٩٤٢ منشور فى مجلة التشريع والقضاء س ٥٦ ص ١٣٣.

(٣) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٢ يونيو ١٩٥٢ منشور فى مجلة المحاماة السنة ٣٦ ص ٩٠٠، وانظر فى الاعتراض على ذلك الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، هامش (١) ص ٣٢٨، ٣٢٩

ثانيا : نية التحايل أو الغش نحو القانون :

لا يكفى أن يكون تغيير ضابط الإسناد فعليا ومشروعا ومنتجا ، بل يتعين أن يهدف الشخص من وراء هذا التغيير إلى الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا[١].

ويستدل القاضى على توافر هذا العنصر المعنوى من خلال استعراض ظروف وملابسات النزاع فإن وصل إلى "أن التغيير قد تم خصيصاً من أجل تحقيق نتيجة محددة دون أن يقبل الأطراف النتائج الأخرى اللازمة والجوهرية المترتبة على ذلك التغيير ، كعدم قبولهم ، مثلا ، الواجبات التى يفرضها تمتعهم بالجنسية الجديدة"[٢]، أمكنه ، أى القاضى، القول بتوافر نية التحايل لدى الأطراف.

وإزاء صعوبة إثبات توافر هذه النية لما تستلزمه من خوض القاضى فى النوايا والبواعث النفسية الداخلية وهى أمور لا يسهل إثباتها على نحو يقينى. ذهب البعض إلى أنه ليس ثمة ما يدعو إلى اشتراط هذا الشرط.

إلا أن غالبية الفقهاء يرون وجوب توافر هذا الشرط خاصة وأن الاستدلال على نية التحايل على القانون هو "مسألة معيارية يعتمد تقديرها على قرائن الحال، وملابسات كل قضية على حدة".

فقد يستشف القاضى توافر هذه النية ، مثلا ، من "التزامن بين التغيير الطارئ على ضابط الإسناد وبين طلب تطبيق القانون

---

(١) انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٣٠
(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٩٠

الذى يشير به هذا الضابط ، كما لو نقل البائع المنقول إلى دولة ، ثم طلب إبطال الحقوق التى ترتبت عليه وكانت صحيحة وفقا لقانون الموقع القديم".

وعلى العكس فقد يستفاد انتفاء نية التحايل من التماثل أو التطابق بين أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا والقانون الذى صار مختصا بعد تغيير ضابط الإسناد"(١).

على أن سلطة القاضى فى تقدير توافر نية الغش من عدمه ليست مطلقة من كل قيد وإنما تخضع لرقابة محكمة النقض باعتبار أن التحايل فى ذاته إخلال بقاعدة قانونية هى قاعدة الإسناد . ومن ثم فتقدير مدى هذا الإخلال وتوافر نية الغش يعتبر من المسائل القانونية لا الموضوعية(٢).

المطلب الثالث

آثار الدفع بالغش نحو القانون

يثير الدفع أمام القاضى بالغش نحو القانون خلافا حول الجزاء الذى يترتب عليه . والراجح أن للدفع بالغش أثران أحدهما سلبى والآخر إيجابى .

---

(١) انظر مثلا المرجع السابق، ص ٢١٩.

(٢) وعلى ذلك فإنه إذا قضى الحكم مثلا ببطلان التطبيق الذى تم وفقا للقانون الذى غير ضابط الإسناد لصالحه، ولمجرد التغيير ، دون أن يبين الحكم أن ذلك التغيير كان هدفه الوحيد هو الإفلات من أحكام القانون واجب التطبيق أصلا ، كان مشوبا بالقصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه. إذ يحتمل أن يكون الحكم قد ادخل عنصرا غير منتج فى تقدير وجود نية الغش ، فى حين أن التطليق لم يكن غير نتيجة طبيعية لتغيير ضابط الإسناد. أنظر المرجع السابق ، ص ٢٩٣.

أولا : الأثر السلبى : استبعاد القانون الذى تم الغش توصلا لتطبيقه.

لما كان الهدف من قيام أطراف العلاقة بالتلاعب فى واحد أو أكثر من العناصر الواقعية التى تؤثر فى تحديد ضابط الإسناد هو التوصل إلى استبعاد قانون لصالح قانون آخر ، فإن الجزاء الواجب توقيعه إزاء هذه المخالفة لقانون القاضى هو إحباط أثر ذلك التلاعب نحو الاختصاص باستبعاد القانون الذى حاول الأطراف التوصل إلى تطبيقه وعدم نفاذ أى أثر له .

ولاشك أن فى ذلك حماية للمصالح الخاصة المشروعة للغير - ممن قد تضار مصالحهم بينما هم ليسوا بأطراف فى العلاقة - فضلا عن الدفع عن سلطان القانون الذى يتلاعب الأطراف بقصد استبعاده .

إذ على الرغم من أن التحايل على القانون يتم باستخدام وسيلة مشروعة قانونا - كالحق فى تغيير الجنسية او الموطن - إلا أنه يتم من "أجل الوصول إلى نتيجة "غير مشروعة" ، لا فى ذاتها، بل بالنظر إلى سوء نية الأطراف وإلى افتعالهم للعنصر الأجنبى الذى يرتبط به ضابط الإسناد"[١].

ولما كانت الحماية المستهدفة لا تقتصر على المصالح الخاصة المشروعة للغير وإنما تمتد لحماية سلطان القانون سواء كان هو قانون القاضى أو قانون آخر أجنبى فأنه يجوز الدفع بالغش نحو القانون حتى لو كان المتمسك به طرفا فيه .

---

(١) أنظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٣.

ومعنى ذلك أنه "اذا تواطأ زوجان على التجنس بجنسية دولة أجنبية للتوصل إلى الحكم بالطلاق بينهما، وحصلا على الطلاق ، ثم تزوج أحدهما للمرة الثانية ، فأنه يجوز للزوج الأول أن يتمسك مع ذلك بالدفع بالغش حتى لا ينفذ الطلاق والزواج الثانى فى مواجهته".(١)

ولكن إلى أى مدى يسرى هذا الأثر السلبى؟

اختلفت آراء الفقهاء فى مسألة نطاق هذا الأثر على النحو الآتى:

الرأى الأول : عدم نفاذ النتيجة :

نفضل مع جانب كبير من الفقهاء القول "بأن أثر الغش ينحصر فى عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التى سعى الشخص إلى التوصل إليها حينما قام - بالتغيير الذى أدى إلى - تغيير ضابط الإسناد".(٢)

وعلى ذلك فإذا كنا بصدد تغيير زوجة لجنسيتها بهدف التوصل إلى استصدار حكم بالتطليق على خلاف القانون الذى كان

---

(١) على الرغم من مخالفة ذلك للقواعد العامة فى القانون الداخلى والتى تقضى بأنه لا يجوز لأحد أن يستند إلى ما يصدر عنه من غش . أنظر الدكتور محمد كمال فهمى. أصول القانون الدولى الخاص. ط ١٩٥٥ ، بند ٣٧٧ والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٣٥٠.
وفى تأييد هذا الرأى انظر الدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق، ص ٦٧، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٩٤-٢٩٥.

(٢) أنظر فى تأييد هذا الرأى الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٣٤٩، ٣٥٣
وأنظر :
J.P. Niboyet: Traité de droit , T.3, p. cit., No. 1090.

يجب تطبيقه، فإن أثر هذا التحايل يقتصر على عدم نفاذ الطلاق دون أن يتطرق إلى الجنسية الجديدة ذاتها التى تبقى منتجة لآثارها القانونية فيما يتصل بأى مسألة أخرى خلاف النزاع المذكور .

وسندنا فى ذلك أنه إذا كان الحق فى تغيير الجنسية ليس محلا للمناقشة فإن ممارسة هذا الحق أمرا لا عيب فيه فى ذاته(١). هذا فضلا عن عدة أمور هامة منها :

١ - **طبيعة الدفع بالغش :** فالدفع بالغش نحو القانون فى نطاق القانون الدولى الخاص يختلف عنه فى القانون الداخلى . فهو فى الأول وسيلة احتياطية لحماية قاعدة التنازع ويجب استعمالها فى الحدود إلى تحقق تلك الغاية .

٢ - **مبدأ عدم الاختصاص :** فالقاضى الوطنى غير مختص للحكم بإبطال الإجراء الذى تم به تغيير ضابط الإسناد لاسيما التجنس والتوطن، خاصة وأنها تتم بوسيلة مشروعة فى ذاتها. إذ تنحصر سلطاته فى حدود عدم الاعتداد به وبالآثار التى يرتبها.

٣ - **فكرة الجزاء المضاعف :**

فإذا كان الهدف من التحايل تحقيق غاية معينة دون النظر إلى باقى الآثار التى تترتب على التغيير فى ضابط الإسناد فأن من هذه الآثار ما قد يكون اشد أضرارا بالشخص الغاش من

---

(١) انظر :

G. de la pardélle: La Fraude à la loi, Trav. Comité. Fr. Dr. int. pr., 1971., P. 117.

القانون الذى أراد التهرب من أحكامه، وفى معاملته بالقانون الذى أدى إليه الغش، فى غير المسألة محل النزاع، ردع له ومعاملة له بنقيض مقصوده.(١)

الرأى الثانى : عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة:

يرى جانب آخر من الفقهاء أن أثر الغش لا يتناول عدم نفاذ النتيجة التى يهدف إليها الشخص من وراء تغيير ضابط الإسناد فقط، بل أنه يتناول أيضا الوسيلة التى لجأ إليها الشخص للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة.(٢)

وعلى ذلك، إذا رجعنا للمثال السابق لوجب القول بعدم الاعتداد بالطلاق فضلا عن التغيير الذى حدث فى الجنسية بحيث تعتبر الزوجة ماتزال محتفظة بجنسيتها الأولى ومن ثم خاضعة لقانون دولة هذه الجنسية.

وسندهم فى ذلك أمرين لأساسيين هما :

١ - أن الغش يفسد كل شيء:

فالدفع بالغش نحو القانون يقوم على فكرة معروفة فى القانون الداخلى هى أن الغش يفسد كل شيء، إذ وإن كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة فى ذاتها ، فإن النية السيئة المصاحبة لها تفسدها. ذلك أن الغاية لا تبرر الوسيلة وبالتالى لا يمكن

---

(١) لمزيد من التفاصيل أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦.
(٢) أنظر فى هذا الرأى :

L. Pigeonniere et Loussouarn: precises de droit international privé, 8 ed. Dalloz, 1962, No. 272.

والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٣٤٨ ،والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤.

الفصل بينهما.

٢ - تفادى الازدواجية فى معاملة الشخص :

إذ لو قلنا بالرأى الأول واقتصرنا على عدم الاعتداد بالنتيجة مع استمرار الاعتداد بالوسيلة لانتهينا إلى معاملة الشخص (المستفيد من الغش) وفق قانون ما بصدد النزاع المعروض ثم معاملته وفق قانون آخر فى المسائل الأخرى وهذا يؤدى إلى ازدواجية فى معاملته وقد تؤدى إلى تناقض فى الأحكام والمراكز القانونية، بينما يؤدى القول بعدم الاعتداد بالوسيلة والنتيجة معا إلى أن يكون الحل واحدا فى جميع القضايا لخضوع الشخص لقانون جنسية أو موطن واحد.(١)

ثانيا: الأثر الإيجابى: تطبيق القانون الذى قصد الأطراف التهرب من أحكامه:

باستبعاد القانون الذى سعى الأطراف إلى تطبيقه غشاً ، ينشأ فراغ قانونى يتعين سده بإعادة الاختصاص إلى القانون الذى أرادو التهرب من أحكامه. وفى ذلك درء للاعتداء على قاعدة التنازع الوطنية وفرض لسلطانها ، بتطبيقها على النحو الذى كان يجب أن تطبق عليه لو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الإسناد فيها.(٢)

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٣٤٨ ، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص ٢٩٤.

(٢) أنظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق ، ص ٨٤ ؛ والدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص، ط ١٩٥٦ ، ص ١٤٩ ؛

ولما كان من أوصاف قاعدة الإسناد أنها قاعدة مزدوجة الجانب ومن ثم فقد تؤدى إلى اختصاص القانون الوطنى للقاضى أو قانون آخر أجنبى بحكم النزاع ، فأن الأثر الإيجابى للدفع بالغش نحو القانون قد يؤدى إلى حلول قانون القاضى أو قانون آخر أجنبى محل القانون الذى تم استبعاده.(١)

المطلب الرابع
مقارنة الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام

يتفق الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام فى أنهما وسيلتين فنيتين لإقصاء القانون الأجنبى واجب التطبيق . وأنهما ليسا بالوسيلة الفنية "العادية" بل هما وسيلتين "استثنائيتين" لذلك الإقصاء ، فلا يلجأ إليهما القاضى ابتداءا ، بل كعلاج أخير احتياطى فى مواجهة القانون الأجنبى"(٢) علاوة على أن هدفهما واحد، وهو حماية الأسس التى يقوم عليها مجتمع دولة القاضى. فضلا عن أن للقاضى فى تقدير توافر شروطهما سلطة تقديرية واسعة .

وهو ما دعى بعض الفقهاء إلى القول بأن الدفع بالغش ليس سوى تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام بمقولة أنه "إذا كان

والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق، ص ٣٥٠؛ والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦.

(١) ومع ذلك هناك من يرى ضرورة تطبيق قانون القاضى دائما بدلا من القانون الذى تم استبعاده. فى هذا الرأى الدكتور محمد كمال فهمى. المرجع السابق، ص ٤١٥، ونحن نرى غير ذلك نظرا لأن الغش ربما يستهدف التهرب من قانون اجنبى لتطبيق قانون القاضى نفسه.

(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٤٦.

تغيير ضابط الإسناد قد قصد به الإفلات من الأحكام الآمرة فى قانون القاضى، فإن تطبيق القانون الأجنبى فى هذه الحالة يشكل خرقا للنظام العام".[١]

إلا أن هناك اتفاق بين غالبية الفقهاء على ترجيح عدم قبول هذا الدمج نظرا لوجود فوارق جوهرية بين الوسيلتين ، تبصر باستقلالهما من الناحية الفنية يمكن تلخيصها فى النقاط الآتية :

١ – **اختلاف نطاق تطبيقهما:** أنه إذا كان الدفع بالنظام العام لا يجوز التمسك به إلا فى مواجهة القانون الأجنبى المتعارض مع النظام القانونى لبلد القاضى[٢] فأن الدفع بالغش نحو القانون - على نحو ما يجرى عليه العمل فى القضاء - يمكن التمسك به فى حالة التهرب من أحكام القانون واجب التطبيق سواء كان هو القانون الوطنى للقاضى أم كان قانونا أجنبيا. وبالتالى فهو أوسع نطاقا من الناحية العملية .

٢ – **اختلاف ما يتجها إلى منع وقوعه:** أنه إذا كان الدفع بالنظام العام يحمى المبادئ والأسس الجوهرية فى دولة القاضى من مضمون القانون الأجنبى واجب التطبيق ، فإن الدفع بالغش نحو القانون يوجه ضد الوسيلة التى قادت إلى القانون واجب

---

(١) أنظر عرض المسألة لدى الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٤٠ وهو يشير إلى رسالة

Vabres (H.D. de) L'evolution de La Jurisprudence Francaise en Matiére de conflit de Lois, Paris, 1905, P. 481.

(٢) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٥٧٠ ؛ والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٤١؛ والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٤٨.

التطبيق أو إلى عنصر النية فى استعمال قاعدة الإسناد.[١]

"فإذا فرض مثلا أن قانون القاضى يمنع الطلاق وتجنس أحد الزوجين بجنسية أجنبية يبيح قانونها الطلاق ، فإن قانون الجنسية الجديدة سيعد مخالفا للنظام العام سواء كان التجنس

٣ – **اختلاف أثارهما:** كما يختلف الدفع بالنظام العام عن الدفع بالغش نحو القانون من حيث الأثر الذى يترتب على كل منهما. فبينما يؤدى الأول إلى استبعاد القانون واجب التطبيق وإحلال قانون القاضى محله، يؤدى الثانى إلى استبعاد القانون الذى أراد الأطراف تطبيقه غشا ، لصالح القانون الذى كانت قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيقه قبل وقوع الغش نحوه .

٤ – **اختلاف وقت إبدائهما:** وإذا كان الدفع بالنظام العام غالبا ما يبدى فى مرحلة انشاء الحق لكى يرتب اثره كاملا من حيث استبعاد القانون الواجب التطبيق وحلول قانون القاضى محله، وأحيانا فى مرحلة الاحتجاج بالمركز القانونى الذى نشأ بالخارج فيرتب اثرا مخففاً فحسب .

فأن الدفع بالغش نحو القانون غالبا ما يبدى فى مرحلة الرغبة فى الاحتجاج بالمركز القانونى - لا مرحلة انشاؤه - فيرتب بطلان كل ما تم بناء على الغش اعمالا لقاعدة أن الغش يفسد كل شىء.

مثال ذلك الزوجة التى تتجنس بجنسية اجنبية بغرض

---

(١) أنظر الدكتور محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، بند رقم ٣٧٨ ، والدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

التهرب من قانون جنسيتها وجنسية زوجها للحصول على الطلاق وفق قانون جنسيتها الجديدة ثم تعود لتتوطن فى إقليم الدولة الأولى وتتمسك بمركزها القانونى الجديد - كمطلقة - الذى نشأ بالخارج .
فإذا كان الطلاق فى حد ذاته ليس مخالفا للنظام العام فى الدولة الأولى ، فأن نية الغش نحو القانون التى صاحبت التجنس بجنسية الدولة الثانية وإن لم يترتب عليه بطلان التجنس - فذلك امر خاص بدولة اجنبية - يترتب عليه بطلان المركز القانونى الذى ترتب بناء على هذا الغش .

الفصل الرابع
بعض تطبيقات قواعد اختيار القانون الواجب التطبيق

لما كانت قواعد الإسناد من القواعد القانونية الوطنية التى يضعها المشرع الداخلى فى كل دولة، كانت النتيجة المنطقية لتلك الصفة الوضعية، هى احتمال اختلاف الضوابط التى يتبناها المشرع لإسناد العلاقات ذات الطابع الدولى إلى قانون معين، من دولة إلى أخرى.

إلا أن هذا الاختلاف ليس بالاختلاف المطلق إذ هناك من القواعد ما تتفق عليه التشريعات الوطنية المقارنة.

وقد حرص المشرع المصرى على أن يساير الاتجاهات التشريعية الحديثة فنظم مسائل تنازع القوانين فى المواد من ١٠ حتى ٢١ من مواد القانون المدنى ، ثم وضع قواعد تكميلية فى المواد من ٢٢ الى ٢٤ من ذات القانون .

وقد جرى العمل على تقسيم قواعد الإسناد على أساس من صلتها بالعناصر الثلاث للعلاقات القانونية إلى قواعد تتعلق بالأحوال الشخصية وأخرى تتعلق بالأحوال العينية وهكذا، وهو ما يقتضى التعرض لكل هذه المسائل، إلا أننا سوف نقتصر فى هذه الطبعة من الكتاب على بيان قواعد اختيار القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية[1] لما يبرز فيها من اختلاف كبير فى

---

(١) يرجع ظهور مصطلح الأحوال الشخصية الى القرن الثالث عشر "حينما ظهرت فى مدن ايطاليا بعض صور التنازع بين القواعد والأعراف الداخلية لتلك المدن من ناحية، وبينها وبين القانون الرومانى من جهة ثانية، وكان يطلق على هذه الأعراف "قوانين" أو "أحوال" ومن ثم اطلق اصطلاح الأحوال الشخصية

بعض الأحيان بين القوانين الوضعية الأوربية وقواعد الشريعة الإسلامية. على أن نتناول ضوابط اختيار القانون الواجب التطبيق على المعاملات المالية والقانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية والوقائع المادية فى الطبعات التالية إن شاء الله.

وجدير بالذكر أنه يغلب ألا ينفرد قانون معين بتنظيم كافة عناصر العلاقة ذات العنصر الأجنبى ، فقد تتدخل عدة قواعد إسناد لبيان حكم العلاقة القانونية الواحدة ، بمعنى أن يشترك اكثر من قانون فى تنظيم نفس العلاقة كأن يدخل فرنسى مع مصرية فى عقد زواج يبرم فى هولندا . ثم يعرض نزاع بشأن العقد على إحدى المحاكم الوطنية ، فينعقد الاختصاص بالتكييف لقانون

ويقصد مجموعة القواعد والأعراف التى تنظم المسائل المتعلقة بالأشخاص، ليقابل بذلك اصطلاح الأحوال العينية التى يقصد بها مجموعة القواعد التى تنظم المسائل المتعلقة بالمركز القانونى للأموال".

وقد استقرت هذه المصطلحات وصارت دارجة الاستخدام فى الكتابات الفقهية المعاصرة، إلا أنه ونظرا لصعوبة وضع تعريف جامع مانع للاحوال الشخصية فقد جرى العمل على تعدد المسائل التى جرى العمل على ادراجها تحت هذا المصطلح، والتى تختلف من دولة لأخرى.

ومع ذلك فبإمكاننا الاسترشاد بنص المادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بتنظيم القضاء على أثر الغاء المحاكم المختلطة فى مصر وإن كان قد الغى بالقانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ الذى لم يتضمن هو ولا القوانين اللاحقة عليه نصا مماثلا لنص المادة ١٣ المشار اليها، والتى كانت تنص على أن "تشمل الأحوال الشخصية .... المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الاسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصايت والقوامة والحجر والاذن بالإدارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتا، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت.

القاضى على النحو السالف بيانه بينما قد يخضع شكل العقد لقانون وموضوعه لقانون آخر علاوة على اختلاف القوانين التى تحكم أهلية الطرفين للتعاقد .

وسوف نعالج هذه المسائل فيمايلى:

المبحث الأول : الحالة والأهلية.

المبحث الثانى: الزواج.

المبحث الثالث: مسائل النسب والنفقات.

المبحث الرابع: المواريث والوصايا.

المبحث الأول
الحالة والاهليـــة

علـى خـلاف القـوانين التـى تتبنـى أختيـار قـانون مـوطن الشخص كالقانون الدولى الخاص السويسرى لعام ١٩٨٧ والقوانين المعمـول بهـا فـى بريطانيـا والولايـات المتحـدة الأمريكيـة واستراليا[١]، أختار المشرع المصرى قانون الجنسية لحكم مسائل الحالـة والأهليـة بنص المـادة ١١ من القـانون المدنى والتى نصت علـى أن "الحالـة المدنيـة للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قـانون الدولـة التـى ينتمون إليهـا بجنسيتهم ، ومـع ذلـك ففـى التصرفات الماليـة التـى تعقـد فـى مصر وتترتـب آثارهـا فيهـا، إذا كـان أحـد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهليـة يرجع إلـى سبب

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٦٥٠ - ٦٥١ ومابعدها.

فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته .

أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الاشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى. ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى" مسايرا بذلك نظم قانونية أخرى حديثة مثل القانون الدولى الخاص النمساوى لعام ١٩٧٩ والقانون الدولى الخاص المجرى.

وسوف نعرض لكل من الحالة والأهلية فى المطلبين التاليين.

المطلب الأول
الحالة

أولا : حالة الشخص الطبيعى:

تعرف الحالة بأنها "جملة الصفات التى تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته". فهى مجموعة من الصفات تقوم على أسس من الواقع كالسن والذكورة والانوثة والصحة ، أو على اسس من القانون كالزواج والحجر والجنسية.[١]

أو هى الخصائص التى تحدد وضع الشخص ومركزه القانونى ، وتتأثر بها مجموعة الحقوق والواجبات المقررة له او عليه .

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية المرفقة بالمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى ، الأعمال التحضيرية ، الجزء الأول ، ص ٢٤٢.

وقد ميزت المذكرة التمهيدية المرفقة بالقانون المدنى المصرى بين نوعين من الحالة :

١ - **الحالة العامة** : أى تبعية الفرد للدولة تبعية سياسية وهى "الجنسية".

٢ - **الحالة الخاصة** : أى الوضع القانونى للشخص بالنسبة لأسرته . "متزوج ، أعزب ، أبن ، أب ، أخ .... ".

- القانون الواجب التطبيق :

استقر الفقهاء على أن الحالة الخاصة هى المقصودة بالقاعدة الواردة بنص المادة /١١ ، ومن ثم تخضع لقانون جنسية الشخص.

إذ أن الحالة العامة "أى الجنسية" ليست موضوعاً لتنازع القوانين فلا تخصها قواعد إسناد وإنما تخضع للقواعد التى تحكم التمتع بالجنسية، أى لقانون الدولة التى يدعى الشخص انتماءه إليها بجنسيته ، إعمالا لمبدأ حرية كل دولة فى تنظيم جنسيتها . وإذا كنا بصدد حالة من حالات ازدواج الجنسية فإن قانون جنسية القاضى يكون هو الواجب التطبيق إذا ما كانت من بين الجنسيات التى يدعيها الشخص فإن كان الشخص عديم الجنسية طبق قانون موطنه بشأن حالته العامة أو السياسية.[١]

- مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الاسم :

اختلفت الآراء فى شأن القانون الواجب التطبيق على الاسم

(١) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . بند ٧٩ والدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٦٤٥.

بحسب اعتباره من عناصر الحالة وبالتالى من الأحوال الشخصية أم لا .

فبينما لم يعتبر الاسم فى البلاد الأنجلوسكسونية من مسائل الأحوال الشخصية أتجه القضاء الفرنسى والإيطالى وأيده الفقهاء فى مصر إلى إخضاعه لقانون الجنسية باعتباره أمراً لصيقا بالشخص ويميزه عن غيره.(١)

ثانيا: مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للحالة الخاصة بعديمى الجنسية:

على خلاف بعض النظم القانونية الحديثة التى تعتمد ضابط الموطن لم تبين المادة ١١ من القانون المدنى المصرى كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم حالة الأشخاص عديمى الجنسية تاركة ذلك لاختيار القاضى بموجب المادة ١/٢٥ من ذات القانون التى نصت على أن "يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية....".

وتفيد الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى أن الغالب أن يعتد القاضى فى هذه الحالة بقانون الموطن أو محل الإقامة وهو القانون المصرى فى أكثر الأحوال(٢)، اعتمادا فى ذلك على المنهج الواقعى فى تحديد الانتماء(٣).

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص ٢٠٠.
(٢) انظر مج الأعمال التحضيرية ج١ ص ٣١٠ مابعدها.
(٣) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط فى شرح نظام الجنسية، ص ٢٦٧ ومابعدها، انظر أيضا المادة ١/١٢ من اتفاقية نيويورك بشأن الحالة الدولية لعديمى الجنسية المبرمة فى ١٩٥٤/٩/٢٨ وحكم محكمة القاهرة

ثالثا : حالة الشخص المعنوى :

أدى التطور المعاصر للحاجات والظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى الاعتراف لجماعات من الأشخاص كالشركات والجمعيات ، أو لجماعات من الأموال كالمؤسسات ، بالشخصية القانونية أو الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، ولم يعد نشاط هذه الكيانات قاصراً على المعاملات الوطنية المحضة بل امتد عبر الحدود الإقليمية للدول فى صورة الشركات عبر الدولية النشاط وقد نظم المشرع المصرى حالة هذه الاشخاص المعنوية بنص المادة ٢/١١ من القانون المدنى التى نصت على أن:

"أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات ، فيسرى عليها قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى".

من هذا النص يتضح أن النظام القانونى للاشخاص الاعتبارية الأجنبية[1] ، "أى تمتعها بالشخصية المعنوية من عدمه،

الابتدائية فى ١٩٥٣/١٠/١٣ بشأن دعوى تطليق ايطالية من عديم الجنسية متوطن فى مصر. منشور فى مجلة التشريع والقضاء ١٩٥٤ ع/١٩ س ٦ ص ٣٥٣.

(١) عرفت المذكرة الايضاحية المقصود بالنظام القانونى للشخص الاعتبارى وفقا لما هو وارد بالمتن واخرجت منه المعاملات المالية التى ينطبق فى شانها القانون الذى تحدده قاعدة الاسناد التى تحكم الرابطة القانونية التى يكون الشخص الاعتبارى طرف فيها . انظر الدكتور هشام صادق . المرجع السابق بند ١١٢ و ١١٤ ص ٤١٢- ٤١٨. فى تنازع القوانين فى شأن نشأة الشخص الاعتبارى ، علاقة الشركة بالمكتتبين وتقدير الحصص العينية وتقويمها واجراءات الشهر ونظام الصكوك

وتنظيمها، وكل ما يتعلق بتكوينها وإدارتها وبالتصرف المنشئ لها، وطرق تعديل هذا التصرف وما يترتب من أثر على هذا التعديل ، وكذلك كل ما يتعلق بكيفية وأسباب انقضاء الشخص الاعتبارى . فيخضع لقانون الدولة التى يوجد بها مركز الإدارة الرئيسى الفعلى للشخص الاعتبارى ، والشركة او الجمعية أو المؤسسة".(١)

ولكن ما هو المقصود بتحديد مركز الإدارة الرئيسى بأن يكون هو مركز الإدارة الفعلى ؟

قد تتعدد الهيئات القائمة بإدارة الشخص الاعتبارى وتكون موزعة بين عدة دول ، وقد يكون مركز الإدارة ، المحدد بعقد التأسيس ، صوريا ولذلك أشترط أن يكون مركز الإدارة العليا فعلياً، ويقصد بذلك أن يكون مركز الإدارة مرتبطا ارتباطاً حقيقياً بالدولة ويباشر وظائفه الرئيسية بها.

حالة تطبيق القانون المصرى (استثناء) :

آتى المشرع المصرى باستثناء هام على القاعدة العامة عندما نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢/١١ على أنه "ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى".

وعلى ذلك فإذا كان الإقليم المصرى هو مكان الاستغلال أو

التى يصدرها ونشاط الشخص الاعتبارى وانحلاله وتصفيته وحقوق الدائنين فى دور التصفية وقسمة امواله وكذلك البنود ١٢١ حتى ١٢٤ فى افلاس الشخص الاعتبارى.

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٣٦١.

النشاط الرئيسى للشخص الاعتبارى خضع هذا الشخص للقانون المصرى وذلك حتى ولو كان مركز الإدارة الرئيسى الفعلى فى دولة أخرى.

"فبهذا الاستثناء أراد المشرع حماية المصالح الاقتصادية والتجارية التى يرتبط بها ممارسة الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطها الرئيسى فى مصر. فترك الأمر لقانون مركز الإدارة الرئيسى الفعلى قد يؤدى إلى الأضرار بتلك المصالح ."

"ولا يكفى هنا أن يمارس الشخص الاعتبارى نشاطا أيا كان حجمه، بل يلزم أن يكون نشاطا رئيسيا غير ثانوى . فكون النشاط الذى يمارسه الشخص الاعتبارى نشاطا رئيسيا يقوى الرابطة اللازمة لتبرير تطبيق القانون المصرى. كما أن هذا يبرز أن المصالح الاقتصادية والتجارية لمصر تتأثر بهذا النشاط مما يستوجب حمايتها بتطبيق القانون المصرى".(١)

المطلب الثانى
الأهلية

يميز الفقهاء بين أهلية الوجوب (Capacite de Jouissance) وأهلية الأداء (Capacite d'exercice) .

- أهلية الوجوب :

تعرف أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هى

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق ص ٣٦٢.

فى الواقع الشخص ذاته منظورا إليه من الناحية القانونية .

فالشخص ، سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا إنما ينظر إليه قانونا من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات. ومن ثم فإن كل إنسان شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب التى تثبت له من وقت ميلاده، أو قبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا ، وإلى وقت موته ، وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه. وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية ليست فى الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت ، أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالشركة بعد أن تصفى .

أهليـة الأداء :

وتعرف أهليـة الأداء بأنها صلاحية الشخص لاستعمال الحق. ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون متمتعا بالحق ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه.

ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلا تاما[١].

القانون الواجب التطبيق على أهلية الوجوب :

رغم ان نص المادة /١١ قد أطلق القول بسريانه على أهلية الأشخاص إلا أن الرأى الراجح هو عدم سريانه على أهلية

---

(١) انظر الدكتور عبد الرزاق السنهورى . الوسيط فى شرح القانون المدنى . نظرية الالتزام بوجه عام المجلد الأول . ط ١٩٨١ . ص ٣٤١ ومابعدها .

الوجوب [١].

وقد تعددت الآراء فى تحديد القانون الذى تخضع له أهلية الوجوب :

فقد **اتجه البعض** إلى أنها تخضع للقانون المصرى وحده باعتباره القانون الإقليمى [٢] .

بينما **ذهب آخرون** إلى أنه يجب التفرقة بين الحقوق التى يمكن اكتسابها فى مصر ، حيث تخضع للقانون المصرى والحقوق التى يمكن التمتع بها فى الخارج فتخضع لقانون جنسية الشخص [٣] .

وهو فى الحقيقة لا يختلف كثيرا عن الرأى السابق إذ أن تحديد نطاق تمتع الأجنبى بالحقوق فى مصر لا يخضع إلا للقانون المصرى، بينما تمتعه بالحقوق فى الخارج يخضع للقوانين الأجنبية.

وذهب **فريق ثالث** إلى أن القانون الذى تخضع له أهلية الوجوب يختلف باختلاف الحق المراد معرفة مدى تمتع الشخص به ومن ثم باختلاف النظام القانونى الذى يندرج تحته هذا الحق ، فحق الشخص فى أن يوصى يدخل فى نظام الوصية وبالتالى يخضع لقانون الجنسية عملا بالمادة /١٧ من القانون المدنى المصرى ، وحقه فى أن يمتلك يدخل فى نظام الملكية وبالتالى

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . بند ٨١ والدكتور هشام صادق. المرجع السابق. بند ١٦١، ص ٥٩١.
(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . الجزء الأول . بند ١٧٠.
(٣) انظر الدكتور جار جاد عبد الرحمن . تنازع القوانين . بند ١٢٩.

يخضع لقانون المال عملا بالمادة /١٨.[١]

وذهب فريق رابع إلى وجوب إخضاع أهلية الأجانب لقانون جنسيتهم بالنسبة للحقوق الداخلة فى مسائل الأحوال الشخصية ولقانون الموطن بالنسبة للعلاقات المالية[٢].

ونحن نميل إلى الرأى الأول إذ تخضع أهلية الوجوب لقانون واحد ، هو القانون المصرى لأن قانون القاضى هو القاعدة العامة التى يرجع إليها عند عدم وجود نص يفيد غير ذلك، هذا فضلا عن أن التمتع بالحق فى الدولة إنما يكون فى حدود ما تسمح به القوانين المعمول بها فيها.

القانون الواجب التطبيق على أهلية الأداء :

١ - القاعدة العامة :

جرى العمل فى المحاكم الفرنسية على إقرار قاعدة إخضاع الأهلية لقانون لجنسية الشخص Nationalité, Facteur de rattchement du statut personel ، على نحو ما نراه فى حكم محكمة باريس فى قضية الاسبانى Busquta فى ١٣ يونيو ١٨١٤[٣]. وهى نفس القاعدة التى أقرها المشرع المصرى حين قرر إخضاع أهلية الأداء العامة للشخص لقانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته بموجب المادة ١١ من القانون المدنى.

---

(١) انظر الدكتور هشام صادق . المرجع السابق . بند ١٦١ والدكتور/ احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٣٦٤.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى . المرجع السابق . ص ١٥٣-١٥٧.

(٣) فى النزاع بينه وبين الأمريكية Elisabeth Styles التى طلبت من المحكمة إبطال عقد زواجهما لعدم أهليته للزواج وفقا لقانون موطنه فى فرنسا. انظر :
Caur de Paris – 13 Juin 1814, S. 1814. 2. 393.

فـإذا ثـار نـزاع حـول أهليـة أداء مـصرى الجنـسية فـى خصوص منازعة تتعلق بعقد دولى أو أى تصرف قـانونى آخر ، فإن القـانون المصرى هو الذى يحدد معنـى الأهليـة ، وصلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية محل النزاع وكذلك إذا ثار نزاع حول أهلية فرنسى الجنسية، فإن القـانون الفرنسى هو الذى يحكم المنازعة المثارة حول الأهلية .

ويدخل فـى اختصاص قـانون جنسية الشخص الذى يثور نزاع حول أهلية أدائه تحديد السن اللازم لاكتمال الأهلية، ومعرفة ما إذا كان صبيا مميزا ، أو بالغاً رشيدا وتحديد الجزاء المترتب على مباشرة نـاقص الأهليـة لتصرفات معينـة ، كمـا يـدخل فـى اختـصاصه تحديـد صـحة التـصرفات التـى يمارسـها مـن أنتابـه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه والعته والغفلة .

- ولكن لا يدخل فـى نطـاق قـانون الجنسية ، مـا يثـور من نزاع حول أهلية الأداء الخاصة لبعض الاشخاص . وهى التـى لا ترتبط بالتمييز ، ولكن قررت حماية لمصلحة معينة ، كمنع رجال القـضاء مـن شـراء الأمـوال المتنـازع عليهـا ، أو منـع المـرأة المتزوجة من كفالة زوجها[١] فأهلية الأداء هنا خاصـة لا تخضع لقـانون الجنـسية، بـل للقـانون الواجـب التطبيـق علـى التـصرف القانونى المقصود من تقييد الأهلية بشأنه.[٢]

---

(١) لاتحاد الذمة المالية، فى الدول التى تأخذ بهذا النظام.

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ١٥٩، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

٢ - الاستثناء : عدم تطبيق القانون الأجنبى على الأهلية حماية للعاقد الوطنى :

إذ أن "أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لاستعمال الحق". "وأن الأهلية مناطها التمييز لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز. فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته".[١]

وتكتمل الأهلية ببلوغ سن الرشد ، إلا أن هذا السن يختلف من نظام قانونى إلى آخر . فبينما هو أحدى وعشرون سنة فى القانون المصرى[٢] نجده ثمانى عشرة سنة فى القانون الفرنسى[٣] والانجليزى[٤]، والسورى[٥] والعراقى[٦] .

"وإذا كانت الأهلية وسن الرشد يخضعان للقانون الوطنى للشخص، فلا توجد مشكلة خاصة بين المواطنين أهل البلد الواحد فى تعرف كل منهم على أهلية الآخر لسهولة الاستعلام عنها بيسر"[٧].

---

(١) ونفرق هنا بين الأهلية والولاية على المال. فالأهلية هى ما عرفنا بالمتن. أما الولاية على المال فهى نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير. أنظر الدكتور عبد الرازق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، ص ٣٤٤-٣٤٥.

(٢) تنص المادة ٤٤ من التقنين المدنى المصرى على أن "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . وسن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة".

(٣) بموجب قانون صادر فى ٥ يوليو ١٩٧٤.

(٤) بموجب المادة الأولى من قانون الأسرة الصادر سنة ١٩٦٩.

(٥) المادة ٤٦ من القانون المدنى السورى.

(٦) المادة ١٠٦ من القانون المدنى العراقى .

(٧) الدكتور احمد عبد الكريم ، علم قاعدة التنازع ، مرجع سبق ذكره ص ٧٤٢.

فالأصل فى الشخص أن يكون ذا أهلية مالم يسلب القانون أهليته أو يحد منها[١]. ومن ثم فعبء اثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه[٢]. فإذا نجح فى إثبات عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذى صدر منه. ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية. أما أذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته، فمع أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولا عن التعويض للغش الذى صدر منه[٣].

"أما فى المعاملات بين الوطنيين والأجانب ، أو بين أجانب من دول مختلفة ، فأن الاستعلام عن الأهلية فيما بينهم لا يبدو سهلا . ولذلك فإن إخضاع أهلية الشخص لقانون دولته فى جميع الأحوال ، قد يسبب اضطرابا فى المعاملات ويزعزع الثقة اللازمة لنموها. فقد لا يعلم المتعاقد الوطنى أو الأجنبى على الإقليم الوطنى مدى كمال أهلية الأجنبى الذى يتعامل معه. فقد يكون قانون دولة هذا الأخير يحدد سن الرشد بأقل مما يحدده القانون الوطنى، وقد يجد المتعامل الأجنبى مصلحة فى التنصل من التزاماته ، فيدفع بإبطال التصرف الذى أبرمه ، استناداً إلى أنه غير كامل الأهلية أو أنه لم يبلغ سن الرشد وفقا لقانون بلده.

فما هو السبيل إلى حماية المتعاقد حسن النية الذى اعتقد فى

---

(١) انظر المادة ١٠٩ من القانون المدنى المصرى .

(٢) انظر الدكتور عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٧ والأحكام التى أشار إليها .

(٣) أنظر المرجع السابق ، ص ٣٤٨ والمادة ١١٩ من القانون المدنى المصرى، وحكم محكمة النقض - الدائرة المدنية ، بجلسة ٤ مايو ١٩٤٤ منشور فى مجموعة عمر الجزء /٤ رقم ١٢٨ ص ٣٥٢.

الظاهر وجهل بأحكام القانون الأجنبى المتعلقة بأهلية من تعامل معه؟"[١]

خروجا على القاعدة العامة التى بينتها الفقرة الأولى من المادة/١١ رأى المشرع المصرى ان يساير ما جرى عليه العمل فى أحكام القضاء الفرنسى من أنه "لا يعتد بنقص الأهلية المقرر فى القانون الأجنبى مادام أن المتعاقد الوطنى حسن النية ، ولم يكن مخطئا فى جهله بحكم القانون الأجنبى، بأن كان تصرفه خالياً من الخفة والرعونة"، فجاء نص الفقرة الثانية من المادة /١١ مقننا لهذا الاستثناء فنص على أنه "ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الثانى تبينه، فأن هذا السبب لا يؤثر فى اهليته".

الأصل القضائى للاستثناء :

من أبرز القضايا التى عرضت فيها مشكلة نقص أهلية العاقد الأجنبى لسبب يجهله العاقد الوطنى ، القضية التى فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية عام ١٨٦١ واشتهرت بقضية ليزاردى "Lizardi".[٢] وأقرت فيها مبدأ "Ignorance excusable de la loi etrangére" .

وتتلخص وقائعها فى أن شاباً مكسيكياً فى سن الثالثة

---

(١) الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٤٢.

(٢) Cour de Cassation (Ch. Req.) – 16 Jan. 1861, Lizardi C. Chaize et autres., D.P. 1861. I. 193., S. 1861. I. 305 note Massé.

والعشرين اشترى وهو فى باريس بعض الجواهر من تاجر فرنسى وحرر بالثمن عدة سندات وعند مطالبته بالسداد دفع ببطلانها لنقص أهليته بسبب عدم بلوغه سن الرشد حسب القانون المكسيكى الذى يحدده بخمس وعشرين سنة. وإذ وصل النزاع إلى محكمة النقض أيدت القضاء بصحة السندات مستندة إلى أنه لا يجوز أن يفترض فى الشخص الفرنسى العلم بمختلف القوانين الأجنبية ، وخاصة ما بها من نصوص تتعلق بنقص الأهلية وبلوغ سن الرشد . وإنما يكفى لصحة العقد أن الفرنسى قد تعاقد بغير خفة ولا رعونة ، وأن يكون حسن النية .

الأساس القانونى للاستثناء :

حاول الفقهاء تأصيل فكرة هذا الاستثناء فذهب البعض إلى الاستناد الى فكرة "المصلحة الوطنية" "ومقتضى هذه الفكرة الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبى فى الأهلية فى العلاقات المالية متى كان تطبيقها يضر بصالح العاقد الوطنى"(١). وذهب آخرون إلى الاستناد إلى فكرة النظام العام(٢) ، أو إلى فكرة الاثراء بلا سبب(٣) ، إلا أن الرأى الراجح يميل إلى تأسيس الفكرة محل البحث على مبدأ الجهل المغتفر بالقانون الأجنبى. ذلك أن قضاء النقض الفرنسى "عد العاقد الوطنى معذورا فى جهله بالقانون الأجنبى، وهو مبرر كاف للامتناع عن تطبيق هذا القانون ، لأن

---

(١) رأى بارتان فى مؤلفه :
Principes de droit international privé, tom. II., ed. 1930, No 234.
(٢) Ibid..
(٣) انظر حكم محكمة باريس الصادر فى ٨ فبراير ١٨٨٣ منشور فى Dalloz سنة ١٨٨٤ الجزء الثانى ، ص ٤٢ ، وانظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق ص ٣٨٢.

الجهل بالقانون الأجنبى هو جهل بالواقع ، وليس جهلا بالقانون تدفعه قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر".[١]

شروط تطبيق الاستثناء :

يتضح من نص المادة ٢/١١ مدنى أنه يشترط لإعمال الاستثناء المقرر بها توافر أربعة شروط هى :

أ - ان يتعلق التعامل بتصرف مالى :

وعلى ذلك فإذا تعلق التعامل بمواد الأحوال الشخصية مثل الزواج والوصية فلا يعمل حكم هذا الاستثناء ، والعلة فى ذلك أن علاقات الأحوال الشخصية مما يحتاج إلى قدر كبير من الحيطة ، وبالتالى فلا يعذر المرء بجهله بصفة من صفات الطرف الآخر .

ولكن هل يعنى هذا أن تدخل كل التصرفات والمعاملات المالية فى مجال تطبيق هذا الاستثناء ؟

"أقتصر المشرع فى المادة ٢/١١ على اشتراط وقوع التصرف فى دائرة المعاملات المالية دون تحديد لدرجة خطورة للتصرف".

واتجه الفقهاء فى تفسير نطاق الاستثناء إلى اتجاهين :

الاتجاه المضيق: يرى البعض وجوب قصر مجال الاستثناء

---

(١) رأى باتيفول فى مؤلفه :
Traité élémentaire de droit international privé, paris, 4 em ed. 1967, No. 491.
وأنظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٣٣-٢٣٤ ، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق ص ٧٤٦.

على العقود الجارية أو اليومية التى "تتم سراعا ولا تعطى العاقد فرصة تقصى أهلية العاقد الآخر"[١]. "أما التصرفات ذات الخطر، أو التى تتصف بأهمية خاصة مثل التصرفات الواردة على عقار. فهى تفلت من مجال الاستثناء بحيث لا يصح اعتبار العاقد معذوراً فى جهله بأحكام قانون جنسية الطرف الأجنبى فى العقد".[٢]

الاتجاه الموسع: ونحن نتفق مع فريق آخر من الفقهاء يرى أنه لا محل لهذا التقييد فقد ورد النص مطلقا ولا يجوز تقييده بغير مقتضى. خاصة وأن مسألة تبين قدرة المتعاقد على تبين أهلية المتعاقد الآخر من عدمه مسألة موضوعية متروكة للقاضى[٣].

ولا يخل هذا بأن على المتعاقد التزام تتزايد درجته بتقصى حقيقة أهلية الطرف الآخر بتزايد خطورة التصرف او المعاملة.

ب - أن يكون التصرف معقودا فى مصر وتترتب آثاره فيها:

وهذا شرط جوهرى ، ويبرز الرابطة الضرورية بين النزاع والقانون المصرى، ذلك أن مقصود المشرع هو "حماية المعاملات التى تتصل بحياة المجتمع الوطنى اتصالا

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، بند ٨٤ ، ص ٢٣٨ مسايرا بذلك رأى باتيفول ، المرجع السابق ، بند رقم ٤٩١.

(٢) أنظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٦٠٣، والدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق.

(٣) وهذا هو رأى الدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق ص ٢٥٤ والدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص ١٣٨، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٦٠٣ ، والدكتور احمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع .. مرجع سابق ذكره ، ص ٧٥٠.

وثيقا"[١] ومن ثم "فلم يكتف للتحقق من قيام هذه الصلة بكون التصرف قد أبرم فى مصر بل تطلب كذلك أن تكون آثاره هذا التصرف مرتبطة بالإقليم المصرى ومترتبة فيه".[٢]

على أن المشرع لم يشترط للاستفادة من هذا الاستثناء أن يكون المتعاقد مصريا وهو ما يعنى أنه يجوز للمتعاقد الأجنبى الذى يتعاقد مع أجنبى آخر فى الإقليم المصرى[٣] الاستفادة من نص المادة ٢/١١ مدنى شرط ألا يكونا متمتعين بنفس الجنسية إذ الأصل أن كلا منهما يعلم أحكام قانونه الشخصى[٤].

ج - أن يكون نقص أهلية المتعاقد الأجنبى راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه :

فخفاء نقص أهلية المتعاقد الأجنبى يترجم حسن نية المتعاقد الآخر الذى يجب حمايته، ولاشك أن حسن النية الناشئ عن الجهل المغتفر بأحكام القانون الشخصى للمتعاقد الأجنبى ، هو مما يدخل فى السلطة التقديرية للقاضى، يقدره حسب ظروف الحال وفق معيار شخصى يختلف باختلاف الحال من عاقد إلى آخر.[٥]

---

(١) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق ، ص ١٣٨ ، والدكتور فؤاد رياض ، تنازع القوانين ط ١٩٩٤ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٤.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق .

(٣) فى الرأى المخالف الذى يرى امكان تطبيق حكم القاعدة حتى ولو كان التصرف قد تم بالخارج، انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٥١.

(٤) انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٦٠٤ ، وباتيفول ، المرجع السابق ، ص ٥٣٢.

(٥) انظر فى تأييد استخدام المعيار الشخصى الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص ٢٣٦ والدكتور منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، ص ٢٥٥ ، وفى رأى آخر استخدام معيار الرجل العادى، الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦.

فإذا كان نقص الأهلية راجعا لسبب ظاهر لا خفاء فيه كأن كان الأجنبى صغير السن بحيث ظهر أنه دون سن الرشد فى القانون المصرى، فلا عذر عندئذ للمتعامل معه .

د - أن يكون المتعاقد المتمسك بنقص أهليته كامل الأهلية طبقا للقانون المصرى:

على الرغم من أن المادة ٢/١١ لم تنص على هذا الشرط إلا أنه شرط منطقى يضعه الفقه عند تحليل هذا النص. لأن القول بغير ذلك معناه أن نعطل قاعدة الإسناد فنستبعد القانون الشخصى للمتعاقد الاجنبى ثم لا تصبح أهليته محكومة بأى قانون وهو أمر غير مقبول.

كما أن كون العاقد الاجنبى ناقص الأهلية فى كل من قانونه الشخصى والقانون المصرى يجعل العاقد الآخر غير معذور فى جهله بنقص أهلية العاقد الأجنبى المتمسك بأبطال التصرف.(١)

فإذا ما توافرت هذه الشروط فلا يعتد بنقص أهلية المتعاقد الاجنبى وهو ما يقتضى الحكم بصحة ما أبرمه من تصرفات فى الإقليم المصرى وحماية الأطراف حسنى النية.

٣ - النظم الخاصة بحماية غير كاملى الأهلية :

لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا، فهى تتأثر بالسن دائما. وقد تتأثر بعوارض تقع أو لا تقع من شأنها ان تؤثر فى التمييز، كالجنون والعته والغفلة ، وغير ذلك مما ينتقص من

---

(١) ورد هذا الشرط صراحة فى أصل المادة ١١/ من مشروع القانون المدنى. انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ٢٤١.

اهليـة اداء الـشخص. فهـل يختلـف القـانون الواجـب التطبيـق علـى أهلية الأداء الكاملة عن ذلك الذى يحكم أهلية الاداء الناقصة؟.

لـم يخـرج المـشرع هنـا أيـضا عن القاعدة العامـة فـى اسـناد مسائل الاحوال الشخصية ، إلى قانون الدولـة التـى يحمل الـشخص جنسيتها . إذ تقضى المادة ١٦من القانون المدنى بأنه "يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته".

ويتضح من النص أن المشرع فضل الأخذ بقانون الشخص المراد حمايته عن قانون الشخص الذى يتولى الحمايـة . "ذلك أن هذه النظم انما تقررت لحماية غير كاملى الأهلية وسد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية. ومن ثم فهى تخضع لقانون جنسيتهم باعتبار القانون الذى يحكم اهليتهم".(١)

وواضح ايضا أن قانون جنسية الشخص المراد حمايته يحكم جميع المسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غير كاملى الأهلية.

فنرجع اليه لنحدد أولا طبيعة نظـام الحمايـة الذى يجب أن يشمل به، وهل هو نظام الولاية أم الوصاية أم غير ذلك. ثم وثانيا لتبين من تثبت لـه الولايـة ومن يصلح لأن يكون وصيا ثم نرجع

---

(١) ويتفق الفقه على أن المقصود بالولاية فى هذا النص هى الولاية على المال دون الولاية على النفس التى تظل أثرا من آثار الزواج وتخضع للقانون الذى يحكم هذه الآثار .
أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٧٠ ، والدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٧١.

اليـه ثالثـا لبيـان سـلطات هـؤلاء فـى ابـرام التـصرفات نيابـة عـن المشمول بالحماية.

الا أن قــانون جنــسية مــن تجــب حمايتــه لا يخــتص بالفـصل فــى المــسائل التــى تتـصل أكثـر بـشخص الـولى أو الوصــى او القـيم، كتقـدير اسـباب امتناعــه عـن قبـول الوصــاية أو القوامــة، اذ تظـل تخـضع لقــانون جنـسية الـولى او الوصــى نفسه.

أمــا المــسائل الاجرائيــة المتعلقــة بالولايــة أو الوصــاية او القوامة فتظل ايضا خاضعة لقانون القاضى تطبيقا لقاعدة الاسناد الخاصة بالمسائل الاجرائية التى ورد النص عليها بالمادة ٢٢ من القانون المدنى.

الأهلية والنظام العام :

قـد يـصطدم قـانون الجنـسية الـذى تتحـدد بـه أهليـة الأداء بالأسـس التـى يقـوم عليهـا النظـام القـانونى الـوطنى ممـا يقتـضى استبعاد تطبيق هذا القانون إعمالا لفكرة النظام العام. وقد يتحقق هذا التعارض إذا كان قانون الجنسية يقضى بانعدام أهلية الأداء أو نقصها لأسباب سياسية أو عنصرية مثل الجنس أو اللون أو الدين. كما كان الحال فى ظل النظام النازى بألمانيا وكما هو الحال فى بعض الولايات الأمريكية[١] ففى مثل هذه الحالات يستبعد قانون

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض ، والدكتورة سامية راشد، الوسيط ، ط ١٩٧٩، ص ٣٣٥، الدكتور عز الدين عبد الله، الطبعة الثامنة ، جـ٢ ص ٢٢٧ ، الدكتور محمد عبد المنعم رياض، مبادىء القانون الدولى الخاص، المرجع السابق ، ص ٤٢٨ ، الدكتور جابر جاد ، القانون الدولى الخاص العربى، جـ٣ ص ٢٥٣ .

Rep. De droit int. Dalloz, 1968, Part I., P 355.

جنسية الأجنبى ويطبق القانون المصرى بشأن أهليته وكذلك الحال إذا كان نقص الأهلية راجعا لأسباب سياسية وذلك نظرا لأن القوانين السياسية تطبق فى بلادها وإن كان هذا المفهوم يواجه معارضة فى الوقت الراهن إلا أنه ينبغى استبعاد القانون الأجنبى المقرر لعدم الأهلية لهذه الأسباب باعتباره مخالفا للعدالة.(١)

المبحث الثانى

الـزواج(٢)

الزوجية سنة من سنن الله فى الخلق والتكوين، وهى عامة مطردة لا يشذ عنها عالم الإنسان وهى الاسلوب الذى أختاره الله لاستمرار الحياة فوضع له النظام الملائم لصيانة كرامة الانسان وحفظ شرفه وكونه خليفة الله فى الأرض .

ويعرف الزواج فى الفقه الإسلامى بأنه "عقد يفيد ملك المتعة قصداً"(٣) أى يراد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الآخر لتحقيق اهداف وحكم متنوعة تعود بالخير على الفرد والمجتمع والنوع الإنسانى(٤).

---

(١) Dalloz, Précité.

(٢) الزواج معناه الاقتران والازدواج فيقال زوج الشىء بالشىء وزوجه إليه: قرنه به، وتزواج القوم تزوج بعضهم بعضا. انظر لسان العرب مادة "زوج". لمزيد من التفاصيل انظر مؤلفنا مشكلات زواج الأجانب، طبعة دار الفكر الجامعى، ٢٠٠٥.

(٣) انظر تنوير الأبصار على هامش رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين. طبعة المطبعة الأميرية بالقاهرة، عام ١٣٢٣هـ جـ/٢ ص ٢٦٥.

(٤) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور محمد يوسف: أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى، طبعة ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م دار الكتاب العربى بمصر ص ٣٨ ومابعدها.

"واذا كانت الأحوال الشخصية موضوعا يتسع فيه الخلاف فيما بين قوانين مختلف الدول ، فأن الزواج ، وهو من الأحوال الشخصية، موضوع يبلغ فيه هذا الخلاف حده، ذلك لأن الفكرة الاجتماعية التى يقوم عليها الزواج تختلف من مجتمع إلى مجتمع ، وهو فى بعض المجتمعات متصل بالدين".

"ويبدأ ذلك الخلاف من فكرة الزواج ذاتها ويمتد إلى انعقاده وآثاره وانقضائه"[١].

وإذا كان الغالب فى قوانين مختلف الدول ألا يتحدد القانون الواجب التطبيق على الزواج بقاعدة إسناد واحدة ، فقد سار المشرع المصرى على نفس النهج فنظم مسائل الزواج بقواعد إسناد خاصة فى المواد ١٢،١٣،١٤ من القانون المدنى شمل بها انعقاد الزواج وانقضائه واثاره[٢]. وهو ما سنتناوله بالتفصيل فيمايلى :

المطلب الأول
انعقاد الزواج

الزواج كغيره من التصرفات الارادية التى يلزم أن يتوافر فيها مجموعة من الشروط الموضوعية ويلزم لها أن تتحقق وفق شروط شكلية معينة .

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط ١٩٨٦، ص ٢٤٦-٢٤٧

(٢) نقلت بعض هده المواد عن لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الملحقة باتفاق الغاء الامنيارات الاجنبيه

"والشروط الموضوعية[١] للزواج هى تلك الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية، والتى يؤدى تخلفها إلى انتفاء الزواج، أو وجوده مع بقائه قابلا للإبطال ، وهى تتعلق عموما بأركان عقد الزواج ، من تراض ومحل وسبب".[٢]

أما الشروط الشكلية[٣] فهى الشروط "اللازمة لابرام الزواج وتكوينه وتتصل أساسا بالقالب أو المظهر الخارجى الذى يتم فيه الزواج، وبها يتجسد أمام الغير ، اقتران الرجل بالمرأة شرعا وصيرورتهما زوجين".[٤]

وبينما لم يضع المشرع قاعدة إسناد خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج مكتفيا بالقواعد العامة بشأن التصرفات القانونية، حرص على النص صراحة على قاعدة الاسناد التى يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية. ولهذا السبب فإنه سيكون من الواجب على القاضى المصرى تبين ما إذا كان الشرط محل النزاع من الشروط الشكلية أم الموضوعية لعقد الزواج قبل أن يتمكن من تحديد قاعدة الإسناد المناسبة للتطبيق.

---

(١) Condition de Fond

(٢) الدكتور احمد عبد الكريم ، علم تنازع الشرائع ، مرجع سبق ذكره ، ص ٧٦٨.

(٣) Condition de Form

(٤) الدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص ٧٨٢.

الفرع الأول
تكييف شروط انعقاد الزواج

إزاء اختلاف مفهوم الزواج بين النظم القانونية للدول تحت تأثير الدين أو الظروف الاجتماعية يجب على القاضى البحث عن مفهوم الزواج لتحديد الطبيعة القانونية للعلاقة محل النزاع لتمييزها عن غيرها من العلاقات الشرعية أو غير الشرعية مثل المساكنة والمرافقة والتسرى وبيان كيفية وصور انعقاده. وأركان وشروط هذا التصرف القانونى، وهو ما يخضع وفقا للقاعدة العامة فى مصر والبلاد الإسلامية، لقانون القاضى(١).

ويتفق فقهاء القانون الدولى الخاص على أن على القاضى ألا يقف حبيس الحدود الضيقة لمدلول الشروط الموضوعية بل عليه أن يوسع هذا المدلول بحيث يستوعب ما تضمه نظم الزواج فى مختلف القوانين الاجنبية من شروط. بمعنى أنه يجب ألا يقصر معنى الشروط الموضوعية للزواج على الشروط التى تقرها الشريعة الاسلامية بوصفها القانون العام للاحوال الشخصية فى قانونه(٢) ، خاصة وأن من الشروط ما قد تضمه الشرائع الأخرى التى تحكم الأحوال الشخصية بجانب الشريعة

---

(١) انظر على سبيل المثال المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١ من القانون المدنى السورى والمادة ١٠ من القانون المدنى الليبى والمادة ٣١ من القانون المدنى الكويتى لسنة ١٩٦١.

(٢) فالشريعة الإسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية وفقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة. والاستثناء على ذلك ما ورد بشأنه قوانين خاصة (المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية والمادة/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) انظر نقض فى الطعون أرقام ٣٧٥، ٤٧٨، ٤٨١ لسنة ٦٥ق. احوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٨/٥ مج الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى. السنة ٤٧ قاعدة رقم ٢١٢ ص ١١٣٤ العدد الثانى

الاسلامية[١] ، ومن ثم تدخل جميعا فى نطاق "قانون القاضى".[٢]

وهو ما يعنى أيضا أن على القاضى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بالنسبة لما يدخل فى مجال تطبيقها بشأن زواج المسلمين وغير المسلمين من مختلفى الطائفة والملة، والرجوع إلى الشرائع الطائفية والملية بالنسبة لما تطبق بشأنه[٣].

إلا أننا نميل مع البعض إلى أن على القاضى أن يرجع إلى الشريعة الإسلامية بصفة أصلية للاعتبارات الخمس الآتية:

١ ـ أنها صاحبة الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية[٤].

٢ ـ أنها القانون المصرى للأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من مختلفى الطائفة والملة[٥].

٣ ـ أن الرجوع إليها أيسر بالنسبة للقاضى بالنظر إلى ما بذله فقهاء الشريعة من جهد فى تبسيط وإيضاح مبادئها وأحكامها والكشف عن روحها العامة.

٤ ـ أن الرجوع إلى الشرائع الطائفية والملية ، على صعوبته، غالبا ما يقود القاضى إلى نتائج لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها الشريعة العامة للأحوال الشخصية.

---

(١) اتحاد الطائفة والملة العبرة فيه بوقت رفع الدعوى ، وتغييرهما لا اثر له إلا إذا كان إلى الإسلام . أنظر حكم محكمة النقض - دائرة الاحوال الشخصية فى الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ مج الأحكام السنة ٤٧ ، قاعدة رقم ٢٨٦ ص ١٥٧٠.

(٢) أنظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٥٧، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧٦٩.

(٣) انظر الدكتور فؤاد رياض، الوسيط ، ط ١٩٨٧، ص ١٤٧، والدكتور جابر جاد، المرجع السابق، طبعة ١٩٧٠، ص ٢٤٠ ـ ٢٤١

(٤) الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٢١٦

(٥) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، جـ/١، ص ١٣٣- ١٣٤

٥ – أن اعتبار السياسة التشريعية يستلزم اتباع مسلك موحد تجاه تكييف المسائل ذات الطابع الدولى، لاسيما فى مسائل الأحوال الشخصية التى تمس كيان الشخص وحياته الاجتماعية[١].

شروط الزواج فى الفقه الإسلامى:

بينما لم يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الشروط الموضوعية والأخرى الشكلية التى تعتبر من الأفكار والتقسيمات المستحدثة لدى فقهاء القانون المدنى[٢] وفقهاء قانون العلاقات الخاصة الدولية، نجد لديهم تمييزا بين أركان العقد وشروطه.

فالركن هو جزء من حقيقة الشىء فلا ينعقد الزواج بغير توافره، وهو ما ينحصر فى الإيجاب والقبول[٣] اللازمين لتلاقى الإرادة.

أما الشروط فتقسم إلى قسمين:

أولا : الشروط الشرعية وهى:

١ – شروط الانعقاد:

وهى التى تلزم لتحقيق أركان العقد أو المتعلقة بوجود

---

(١) الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٩٣، ٣٩٤.

(٢) انظر الدكتور أحمد مسلم، الشكل والموضوع فى تكوين الزواج، دراسة مقارنة فى القانون الفرنسى والمصرى، مجلة التشريع والقضاء، س ٥ ، ١٩٥٣، ص ١ ومابعدها ولاسيما ص٤.

(٣) انظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى طبعة ١٣٢٧هـ مطبعة شركة المطبوعات العلمية جـ/٢ ص ٢٢٩، والشيخ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، طبعة ١٩٣٨، ص ٢٣، والدكتور محمد موسى، أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى، طبعة دار الكتاب العربى، ١٩٥٦م، ص ١٥٦.

الإرادتين وتطابقهما (أى تحقق الرضا)[١] وهى:

أ - كون العاقدين مميزين.

ب - اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ج - موافقة القبول للإيجاب ولو ضمنا.

د - سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر مع علم قصده به.

٢ ــ شروط الصحة:

وهى التى يتوقف عليها صحة العقد بعد انعقاده وليست شرطاً لتحقق أركانه وهى:

أ - صلاحية محل العقد للتعاقد، أى صلاحية المرأة لأن تكون محلا لعقد الزواج، بأن تكون غير محرمة على من يريد الزواج منها بسبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت.

ب - حضور شاهدين للعقد.

ج - كفاءة الزوج لزوجته[٢].

٣ ــ شروط النفاذ:

وهى الشروط اللازمة لنفاذ العقد بعد إبرامه والتى يترتب على عدم توفرها وقف العقد إلى حين إجازته ممن له الحق فى ذلك وهى:

---

(١) انظر الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ٢٥

(٢) فى مفهوم الكفاءة واشتراطها لصحة الزواج، انظر الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ٦٢- ٦٤ ، ٧٢، ٧٣

ا - الأهليـة لانفـاذ العقـد، إذ يـشترط فـيمن يتـولى العقـد البلـوغ والحرية وهو ما ينفيه أن يكون العاقد صبياً أو معتوها مميزا.

ب -الولاية أى أن يكون لمن تولى إنشاء العقد ولاية إنشائه. وهو ما ينتفى إذا لم يكن من تولى العقد وليا للصغير ولا وكيلا عن الكبير، او إذا كـان هنـاك مـن هـو أولـى منـه بالولايـة أو كـان وكيلا قد خـالف موكلـه فيمـا وكلـه فيـه. إذ يعد العاقد فضوليا ويكون عقده موقوفا على إجازة صاحب الشأن(١).

٤ – شروط اللزوم:

وهى ألا يكون لأحد الزوجين ولا لغيرهمـا حق فسخ العقد، بعد انعقاده صحيحا نافذا، لأى سبب من الأسباب.

ويثبت الحق فى الفسخ :

أ – لأى مـن الـزوجين، باختيـاره بعد البلـوغ، إذا زوجـه صـغيرا، ولو كانوا مميزين، أحد غير الأب والجد أو وكيلهما(٢).

ب- للزوجة أو لوليها إذا كانت قد زوجت نفسها من غير كفء أو بمهر يقل عن مهر المثل، لما فى ذلك من الغبن.

ج - للزوجـة إذا وجـدت، بزوجهـا عيبـا مستحكما لا يمكنهـا المقام معه إلا بضرر لا تطيقه(٣).

---

(١) انظر بدائع الصنائع، جـ/٢ ص ٢٣٣ وفتح القدير لابن الهمام، طبعة مصطفى محمد بالقاهرة ١٣٥٦هـ ، جـ/٢، ص ٣٩١، والدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ٨٣ ، ٨٤.

(٢) انظر فتح القدير، جـ/٢ ص ٣٠٧

(٣) عند الشافعية والحنابلة: انظر الاختيارات العلمية لابن تيمية وهو ملحق الجزء الرابع من فتاويه ، مطبعة كردستان بالقاهرة ١٣٢٦ – ١٣٢٩هـ ، ص ١٣٠ – ١٣٢ وهو سبب للتطليق عند الأحناف، انظر بدائع الصنائع جـ/٢ ص ٣٢٢

ثانيا : الشروط الوضعية:

يغلب أن يشترط المشرع الوضعي شروط أخرى غير ماسبق تتمثل فى توثيق العقد أمام موثق أو مأذون معين تحدده الدولة وبلوغ الزوجين سن معينة[١] حتى يمكن سماع الدعوى أمام المحاكم المختصة.

تكييف الشروط الشكلية:

إذ يحتاج القاضى إلى التمييز بين الشروط الشكلية والموضوعية لوضع المسألة محل النزاع فى إطار فكرة من الأفكار المسندة اتجه الفقه والقضاء إلى بحث هذه التفرقة بشأن إبرام الزواج فيما بين المسلمين وغير المسلمين من الأجانب فى دولة من الدول الإسلامية، أو وفق القواعد والأحكام الشرعية الإسلامية أثناء وجودهم فى دولة من الدول غير الإسلامية لاسيما وأن إخضاع الزواج للشرع أو القانون السائد فى هذه الدول أو للشرائع الطائفية والملية المعمول بها بالنسبة لغير المسلمين[٢]، قد يقتضى تحقيق شرط معين غير الشروط السابق بيانها مثل :

اشتراط تدخل رجل دين للقيام بطقوس معينة على نحو ما هو مقرر بالمادة ١٣٦٧ من القانون المدنى اليونانى التى تعتبر الزواج منعدما فيما بين أتباع كنيسة الروم الأرثوذكس إذا لم يباشره أحد قساوسة الكنيسة.

أو اشتراط الإعلان عن الزواج قبل إتمامه بمدة معينة لإتاحة الفرصة لتقديم مبررات الاعتراض عليه على نحو ما هو

---

(١) هى السادسة عشرة للزوجة والثامنة عشرة للزوج (انظر المادة ٣٦٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١).

(٢) إعمالا للمادة ٦ من القانون المصرى رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

مقرر بالمادة ٦٣ من القانون المدنى الفرنسى.

وإذا كان هناك اتفاق على أن كل الشروط اللازمة لإبرام العقد وصحته ونفاذه ولزومه فى الشريعة الإسلامية هى من الشروط الموضوعية[1] – فيما عدا شرط الإشهاد - فأن هذه الشروط تماثل ما هو معروف من الشروط الموضوعية فى القوانين الوضعية وإن اختلفت المصطلحات المستخدمة.

إذ لو قارنا بين الشروط السالفة البيان والشروط الموضوعية اللازمة لإبرام عقد الزواج فى فرنسا ،على سبيل المثال ، لتبين لنا أن الفقه الفرنسى يعتبر موضوعيا فى الزواج شرط رضاء الزوجين، أى العاقدين، سواء فيما يتعلق بوجود هذا الرضاء أو بصحته (عيوب الرضاء)، وشرط رضاء الوالدين أو الأقربين بالنسبة لأصل وجوبه لا وسيلة تحقيقه، وشروط الصلاحية فى الزوجين: اختلاف الجنس والبلوغ وعدم تعدد الزواج أو محرميته، وانقضاء عدة المطلقة أو الأرملة.

١ – فشرط رضاء الزوجين يقابله فيما يتعلق بوجود الرضاء ركن الإيجاب والقبول، وما يتصل به من شروط. وإذا لاحظنا أن القانون الفرنسى يستلزم أن يكون العاقدان هما الزوجين شخصيا، بينما يجيز الفقه الإسلامى أن يكون العاقدان للزواج غير الزوجين، كان لنا أن نضيف إلى ركن الإيجاب والقبول وشروط الانعقاد شرط الصفة من شرطى النفاذ فى الفقه الإسلامى، ليقابل كل ذلك شرط الرضاء فى القانون الفرنسى.

---

(١) انظر الدكتور عبد الحميد ابو هيف، المرجع السابق، ص ٤٧٩، والدكتور أحمد مسلم، مقال سبق ذكره، ص ١٧ ومابعدها، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ١٨٢، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٠١، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧٧٠

وفيما يتعلق بصحة الرضاء أو خلوه من العيوب، يقابل ذلك فى الفقه الإسلامى خلو الزوج من العيوب المستحكمة عند العقد، متى كانت الزوجة لا تعلم بها، وكفاءته التى اشترطتها أو لم تقصر فى اشتراطها. ذلك أن هذين الشرطين من شروط اللزوم أو الصحة يقصد بهما نفى الغلط فى الشخص الذى هو أحد عيوب الرضاء فى القوانين الوضعية، كما ينتفى بهما التدليس.

٢ – وشرط رضاء الوالدين أو الأقربين فى القانون الفرنسى، يقابله شرط رضاء ولى النفس أو إذن القاضى، وهو شرط نفاذ أحيانا، وشرط لزوم أحيانا فى الفقه الإسلامى.

٣ – أما شروط الصلاحية فى الزوجين فتتقابل فى القانون الفرنسى وفى الفقه الإسلامى كمايلى:

شرط اختلاف الجنس – وهو شرط بديهى – يشترطه الفقه الفرنسى دون نص، ولا يذكر اشتراطه الفقه الإسلامى لبداهته.وشرط البلوغ القانونى يشترطه القانون الفرنسى، ولا يشترطه الفقه الإسلامى، إذ يجوز زواج غير البالغين سواء زواجا نافذا لازماً أو زواجاً غير لازم، ولو أن الدعوى بهذا الزواج غير مقبولة قانونا، طالما كانت سن الزوجين عند رفعها دون السن التى حددها القانون.

أما شروط عدم تعدد الزواج وعدم محرميته وانقضاء العدة فيقابلها شرط صلاحية الزوجة لأن تكون محلا لعقد الزواج فى الفقه الإسلامى، وهو أحد شروط الصحة[١].

---

(١) الدكتور أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ١٥.

إلا أن هناك اختلاف حول تكييف الشروط الآتية:

تكييف شرط الإشهاد على عقد الزواج:

من أهم خصائص العقود فى الفقه الإسلامى قيامها على التراضى من طرفيها، فمتى وجد الرضا الذى يُعبر عنه إيجاب أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر انعقد العقد وصار موجوداً، وإذا انعدم الرضا لم ينعقد ولم يوجد فإن عقد الزواج نظرا لخطره وعظيم أثره فى حياة الإنسان يحتاج لصحته إلى أمر آخر بجانب الرضا، وهو الإشهاد عليه من رجلين أو رجل وامرأتين بالغين عاقلين سامعين لكلام العاقدين فاهمين له دون خلاف فى وجوب اتصافهم بالإسلام إن كان الزواج بين مسلم ومسلمة(١)، أما إذا كان الزوج مسلم والزوجة غير مسلمة فقد اختلف الفقهاء ما بين مانع(٢) ومجيز لشهادة اثنين من غير المسلمين(٣) على نحو ما ورد بالمادة

---

(١) لأن فى الشهادة معنى الولاية على المشهود عليه ولا ولاية لغير مسلم على المسلم.

(٢) على نحو ما نقل عن الشافعى بالنظر إلى أنه لا يقبل شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض. انظر فتح القدير ، المرجع السابق، جـ/٢ ص ٣٥٤ – ٣٥٥ وما نقل عن الأمامين محم وزفر من الأحناف بالنظر إلى رفضهم قبول شهادة غير المسلم على المسلم. انظر المبسوط، المرجع السابق، ص ٣٣-٣٤. وانظر أيضا الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربينى، طبعة مصطفى الحلبى ١٣٥٩هـ ، جـ/٢ ص ٧١-٧٢، وهو أيضا رأى الحنابلة انظر المغنى للإمام أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسى، طبع إدارة المنار ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٦٧هـ.

(٣) على نحو ما نقل عن الأمام ابو حنيفه وصاحبه ابو يوسف بالنظر إلى أن الشهادة منصبة على المرأة بأنها وقد كانت أجنبية عن الرجل صارت حلاله والاستمتاع بها مقصور عليه. فهى شهادة غير مسلمين على غير مسلمة. انظر المبسوط ، المرجع السابق، جـ/٥ ، ص ٣٣-٤٤، وانظر الدكتور محمد سلام مدكور، الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما، مطبعة مصر فى الخرطوم ١٩٥٧م، ص ٢٤، مع ملاحظة أنه عند الإنكار ينظر إن كان إنكار الزوجية من الزوجة فإن شهادة شهود النكاح من أهل الذمة تقبل ، لأنها شهادة للمسلم لا عليه وإن كان الإنكار من الزوج

٧ من مشروع القانون المصرى للأحوال الشخصية الذى قدم عام ١٩١٧ والتى كانت تنص على أنه "يشترط فى شاهدى العقد أن يكونا رجلين أو رجل وامرأتين عاقلين بالغين مسلمين لزواج مسلم بمسلمة .... .

ويكتفى بشهادة ذميين لزواج مسلم بذمية .....".(١)

وما ورد أيضا بنص المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقى رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩(٢) التى لم تشترط فى الشهود الإسلام، حيث نصت على وجوب "..... شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج".

أما إذا كان الزواج بين أثنين مواطنين أو أجانب من أهل الكتب السماوية "اليهودية والمسيحية" فإن الإشهاد على العقد يخضع لما يعتقدونه فى شرائعهم الدينية ويلاحظ أن هذه الشرائع على نحو ما هو معروف فى مصر وبعض الدول الإسلامية تعتبر شهادة الشهود من شروط صحة النكاح وانعقاده لأن العلانية فى النكاح من أركان انعقاده، وأول صور العلانية ما ذهبت إليه جميع المذاهب المسيحية من ضرورة عقد النكاح بحضرة كاهن وشهود(٣).

فلا تقبل شهادتهم لأن شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز، انظر بدائع الصنائع المرجع السابق، طبعة المطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٧هـ ، جـ/٢ ص ٢٥٣، ٢٥٤، والدكتور عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام، ط مؤسسة الرسالة ببيروت، ١٤٠٨هـ ، ص ٢٨٦.

(١) انظر نص المشروع منشور بملاحق كتاب أحكام الأحوال الشخصية للشيخ احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٨٧٤.

(٢) حيث تسود أحكام الفقه الحنفي فيما لم يرد به نص.

(٣) انظر حلمى بطرس، أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، نهضة مصر، دون تاريخ، ص ٢٥٠، محمد محمود نمر، وألفى بقطر حبشى، الأحوال

وما تذهب إليه طائفة اليهود الربانيين[١] وتقره المادة الثانية من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية الصادرة بالعراق عام ١٩٤٩[٢].

ويختلف الفقهاء حول أثر شرط الإشهاد على طبيعة عقد الزواج إلى اتجاهين:

الأول: أن عقد الزواج فى الشريعة الإسلامية عقد شكلى:

يتفق جمهور كبير من الفقهاء على أن شهادة الشهود شرط لصحة العقد إلا أنهم يختلفون فيما إذا كان:

١ ـ الإشهاد شرط لصحة العقد ابتداءً:

إذ يذهب فقهاء الأحناف[٣] والحنابلة[٤] والشافعية[٥] إلى أن شهادة الشهود شرط لصحة العقد ابتداءً، فلا ينعقد الزواج بدونه ولو حصل إعلانه بوسيلة أخرى. استنادا على قول الرسول صلى

الشخصية للطوائف غير الإسلامية من المصريين (فى الشريعتين المسيحية والموسوية) دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ٢٤٣-٢٤٤.

(١) انظر حاى بن شمعون ، الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائيلين الربانيين، مطبعة روبين موسكوفيتش بمصر سنة ١٩١٩م المادة ٥٦. وانظر الدكتور أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والأجانب، المطبعة العالمية، طبعة ١٩٦٠، ص ٥٨ ، وأيضا حلمى بطرس ، المرجع السابق، ص ٥٤- ٧٥ .

(٢) الجريدة الرسمية العراقية عدد رقم ٢٦٩٨ فى ١٩٤٩/١/٣١.

(٣) انظر المبسوط ، المرجع السابق، جـ٥ ص ٣٠، وبدائع الصنائع ، المرجع السابق، جـ/٢ ص ٢٥٢.

(٤) انظر كشاف القناع على متن الاقناع للشيخ منصور بن أدريس الحنبلى وبهامشه شرح منتهى الادات للبهوتى ، الطبعة الأولى ، المطبعة الشرقية، ١٣١٩=١٣٢٠هـ ، جـ/٣ ص ٣٧-٣٨، ومجموعة فتاوى ابن تيمية ، طبعة مطبعة كردستان العلمية، ١٣٢٦هـ جـ/٤ ص ٨٦.

(٥) انظر نهاية المحتاج، المرجع السابق، جـ/٦، ص ٢١٣ ومابعدها.

الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بشاهدين"[١].

٢ – الإشهاد شرط لتمام العقد ونفاذه:

يذهب المالكية فى قول لهم[٢] إلى أن شهادة الشهود ليست شرطاً لإنشاء العقد وصحته ابتداء ولكنها لتمامه يؤمر به عند الدخول فالإشهاد على النكاح واجب ومندوب عند العقد، فإن تم عند العقد تحقق الواجب والمندوب معا ، وإن لم يحصل عند العقد كان واجباً عند البناء[٣] (الدخول).

وسواء أكان الإشهاد شرطاً لابتداء العقد أو لإتمامه ونفاذه فإنه فى النهاية شرط لصحة العقد فلا يصح إلا باستيفاءه ومن ثم فقد استخلص بعض الفقهاء[٤] أن شرط الإشهاد من الشروط الشكلية ومن ثم فأن عقد الزواج فى الإسلام من العقود الشكلية وإن كان الرضا أساسا فيه[٥] إلا أن الشكلية فيه عرفية لا رسمية[٦].

---

(١) انظر شرح البارى صحيح البخارى طبعة دار الريان ، جـ/ ٩ ، ص ٨٨ ومابعدها ، وانظر المبسوط، المرجع السابق، جـ/٥ ص ٣٠ ومابعدها، بدائع الصنائع، المرجع السابق، جـ/٢ ص٢٥٢ ومابعدها، فتح القدير، المرجع السابق، جـ/٢، ص ٣٥١ ومابعدها، نهاية المحتاج ، المرجع السابق، جـ/٦، ص ٢١٣ ومابعدها.

(٢) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير للشيخ محمد عرفه الدسوقى، طبعة بولاق ١٢٩٥هـ، جـ/٢ ص ٢٢٠.

(٣) انظر المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(٤) انظر الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ٧٤ والشيخ محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، طبعة دار الفكر بالقاهرة، ص ٥١، وهو نفس اتجاه القضاء الفرنسى انظر فى تحليل هذا القضاء:

Batiffol: Traité ...., no. 426.

(٥) انظر فى تأييد هذا الرأى الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ٧٤ ومابعدها، والشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٥١. ومن فقهاء القانون الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٤٨٧ ، والدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١١٩.

الثانى: أن عقد الزواج فى الشريعة الإسلامية عقد رضائى:

ورد فيما نقل عن الإمام مالك قول آخر يؤيده قول الإمام أبو ثور[١] وقول للإمام أحمد بن حنبل أنه لا يشترط الإشهاد على عقد الزواج لا ابتداءً ولا انتهاءً ، أى عند الدخول، ولكن الشرط هو إعلانه للناس ليتميز عن العلاقة غير المشروعة، حتى ولو كان الإعلان بين من لا تصح شهادتهم شرعاً كالصبيان والمجانين ومن إليهم[٢]. على سند من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال"[٣] "الدف".

ومن ثم يمكن القول بأن عقد الزواج فى الشريعة الإسلامية عقد رضائى لا يشترط فيه أى من الشروط الشكلية.

وقد أدى هذا الخلاف فى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية إلى وجود خلاف بين فقهاء القانون حول القانون الواجب التطبيق على شرط توافر شهادة الشهود، وهو ما يمكن رده إلى أتجاهين:

الأول: تطبيق قانون الدولة محل الإبرام:

يرى بعض الفقهاء أنه لما كان شرط شهادة الشهود خارجاً عن أركان العقد (الإيجاب والقبول) فإنه يعد من هذه الناحية شرطاً

---

(٦) نظرا لأن الزواج فى الفقه الإسلامى عقد غير رسمى ولا يلزم شرعا توثيقه لدى موثق رسمى أيا كان، انظر الدكتور احمد مسلم، المرجع السابق، ص ١٨ بند ٣٤.

(١) انظر فى الفقه المالكى بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد أحمد بن محمد بن رشد، مطبعة الاستقامة بمصر ١٩٣٨، جـ/٢ ص ١٧.

(٢) انظر حاشية الدسوقى، الموضع السابق، الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٣) حديث عن عائشة رضى الله عنها انظر شرح الحديث فى سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للإمام الصنعانى جـ/٣ طبعة مكتبة الإيمان ص ١٩٠ رقم ٩١٩/١٠

شكلياً ، على الرغم من أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية يرتبون على تخلف الإشهاد عدم صحة العقد.

ويقارن فقهاء القانون بين شرط الإشهاد على العقد وشرط الرسمية إذ على الرغم من أن بعض التشريعات تجعل الرسمية ركنا لا يصح العقد بدونها فإنها تقر إخضاع العقد لقانون محل الإبرام مثلما هو الشأن فى المادة ١٧٠ من القانون المدنى الفرنسى(١).

فيصح الزواج خارج فرنسا ولو فى الصورة العرفية. وبالقياس وإذ أن الإشهاد على الزواج شكلية عرفية فلا يعقل أن تكون أشد قوة من الشكلية الرسمية فتطلب من المواطنين ولو فى الخارج بينما الرسمية لا تستلزم منهم .

فضلا عن أنه ليس للأفراد إضافة الشهود إلى الشكل المحلى الرسمى لأن تنظيم الرسمية من سلطة المشرع المحلى وحده. بالإضافة إلى أن من الفقهاء من خرج بأن المقصود من الإشهاد تحقق العلانية وهو ما يعنى أن شرط الشهود هو من أشكال العلانية بطبيعته لا من أشكال الانعقاد.

أما إذا قيل أنه لو صح اتصال الإشهاد بالعلانية لا بالانعقاد لما كان الجزاء المترتب على عدم الإشهاد متصلا بالانعقاد وتكوين العقد (فساد العقد) بل كان سيقتصر على عدم الاحتجاج به على الغير فحسب.

---

(١) انظر الدكتور أحمد مسلم، الشكل والموضوع فى تكوين الزواج، المرجع السابق، ص ١٨ بند ٣٣.

فيرد عليه، من أنصار هذا الاتجاه، بأن هذا الاعتراض لا ينفى الثابت من أن الشهود شرط للعلانية، وبأنه يجب التمييز بين العلانية التى ترتبط بتكوين العقد، وتلك التى لا ترتبط بتكوينه، وأنه لما كانت علانية الزواج قد ربطت بتكوينه فصارت فى الوقت نفسه من شروط هذا التكوين، جاز أن يكون جزاؤها فى ذات تكوين العقد، دون أن يمحو ذلك طبيعتها الأصيلة. وحينئذ يجب أن يلاحظ أن المرتبط بتكوين العقد هو أصل العلانية لا وسيلتها.

وعلى ذلك يمكن التمييز فى هذه العلانية بين أصل اشتراط العلانية حيث يخضع للقانون الذى يطبق بالنسبة للشروط الموضوعية، وبين كيفية أو وسيلة تحقيقها وهو أمر شكلى يخضع للقانون الواجب التطبيق على الشكل الذى هو من حيث الأصل، ووفقا لما اقتضته حاجة المعاملات الدولية والتيسير على الأفراد، قانون محل إبرام الزواج، وهو ما يمكن تحقيقه بالشهود أو الإعلان أو غير ذلك[١].

ومن ثم وإذ أن العلة من الإشهاد على العقد هى تحقق العلانية، لتمييز العلاقات المشروعة عن غيرها، فأن إجراء زواج المسلمين فى الشكل المدنى المعمول به فى الدول الأجنبية، محل إبرامه، دون توافر شهادة الشهود ، يتم صحيحا طالما أن العلانية قد توافرت[٢].

---

(١) انظر الدكتور أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ٢٤ بند ٢٢، وانظر فى الرأى المؤيد للرجوع إلى قانون محل الإبرام الدكتور منصور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون الدولى الخاص، ط ١٩٥٦ – ١٩٥٧ ، ص ١٧٩، والدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٠٣ ، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

(٢) انظر الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد، الوسيط، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٢، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٤٨٤، والدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١١٣، ١١٤.

الثانى: تطبيق القانون الشخصى الذى يحكم الشروط الموضوعية للزواج:

يرى بعض الفقهاء(١) أن مسألة اعتبار الإشهاد على العقد شرطا شكلياً لا يغير من أن لزوم الشكل أو عدم لزومه لانعقاد التصرف هى مسألة موضوعية يرجع فى شأنها للقانون الذى يحكم موضوع الزواج(٢).

وهو ما يقتضى الرجوع إلى هذا القانون للبحث فيما إذا كانت شهادة الشهود لازمة لانعقاد العقد أم ليست لازمة لانعقاده بصرف النظر عما إذا كان الشرع أو القانون المعمول به فى بلد الإبرام يستلزم هذا الإشهاد أم لا يستلزمه(٣).

رأينا فى تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن وجوب أو عدم وجوب شهادة الشهود:

وإن اتفقنا مع أصحاب الرأى الأول فى أن الإشهاد على العقد يتصل بجانب تكوين العقد فضلا عن جانب الشكل إلا أننا نرى أن اتصال الشرط بجانب تكوين العقد أقوى ومن ثم نرى وجوب إخضاعه للقانون الشخصى للمسلم الراغب فى الزواج أى لأحكام الشريعة الإسلامية دون غيرها بصرف النظر عما تنص

---

(١)انظر :

Niboyet: Traité de droit international privé Français Paris, ed. 1948, T. 5. no. 1450.

والدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، ط ١٩٧٤، ص ٣٨٤.

(٢) انظر الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، الجزء الأول ، ص ٢٩٦ ومابعدها.

(٣) انظر فى الاتجاه المخالف:

Batiffol: Les conflits de lois en matiére de contrats. Thése, Paris, 1938, no. 432.

عليه قوانين محل الإبرام ومن ثم وعلى الرغم من إمكان إثبات الزواج بطرق متنوعة كتوثيقه أمام الموثق، فإنه لا يجوز عقد زواج المسلمين بغير شهود وإلا كان العقد باطلا[١] لتخلف شرط أوجبه الشرع. وحجتنا فى ذلك مايلى:

١ - اتفاق جمهور الفقهاء على أن شرط الإشهاد من الشروط المتعلقة بتكوين العقد فلا ينعقد الزواج إلا بتحققه ولا يصح ترك ما اتفق عليه الجمهور والاعتماد على قول ضعيف وشاذ فى الفقه يكتفى بالإعلان ذلك أن :

أ – العلة من الإشهاد تتجاوز مجرد الإعلان، إذ أن الزواج عقد يتعلق به حق غير الزوجين، من الولد الذى له مصلحة فى ألا يضيع نسبه، وأسر الطرفين ممن يدخلون فى قرابة المصاهرة، فضلا عن المحرمية التى تترتب على الزواج بالنسبة لأصول وفروع الطرفين.

ب – والنصوص الشرعية المؤكدة لوجوب الإشهاد على الزواج نصوص قطعية الدلالة على نحو ما ورد فى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل"[٢] وقوله صلى الله عليه وسلم فيما روى عن أبن عباس رضى الله عنهما "كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولى

---

(١) انظر المبسوط، المرجع السابق، جـ/٥ ، ص ٣٠، وبدائع الصنائع ، المرجع السابق، جـ/٢ ، ص ٢٥٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى، المرجع الساق، جـ/٢، ص ٢٢٠- ٢٢١، وانظر التاج الجامع للأصول، المرجع السابق، ص ٢٩٣ هامش ٧.

(٢) رواه أحمد والبيهقى بسند صحيح . وانظر فتح البارى شرح صحيح البخارى ، مرجع سبق ذكره.

وشاهدان"[١]، ولا يجوز تجاوز هذه النصوص الواضحة الصريحة التى تنفى وجود وقيام الزوجية الصحيحة المعترف بها شرعا وتأويلها بحديث ورد فى موضع آخر يحث على الإعلان عن الزواج ليعلم الكافة بعد أن عقد العقد بتوافر أركانه وشروط صحته.

ومن ثم فلا مجال للقول بأن الإعلان يحل محل الإشهاد، وهو ما دعى البعض إلى تشبيه الإشهاد على الزواج باعلان الأوراق القضائية إلى الخصوم. إذ على الرغم من إمكان إثبات علم المعلن إليه بطرق متنوعة إلا أن استلزام وصول الإعلان بشكله المحدد قانونا إلى المعلن إليه أمر ضرورى لانعقاد الخصومة[٢].

ج – أن القاعدة أن المسلم رعية إسلامية أين كان موطنه، فالسيادة الإسلامية على المسلم فى كل مكان[٣]. ومن واجب المسلم التزام أحكام الإسلام حيث كان[٤].

وقضاء الدولة الإسلامية يختص بنظر المنازعات التى تنشأ عن العلاقات التى تتم بين المنتمين للدولة برابطة الجنسية أثناء

---

(١) انظر شرح الحديث : فتح البارى شرح صحيح البخارى ، طبعة دار الريان، الطبعة الثالثة، جـ/٩ ص ٨٨ ومابعدها ، والتاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول للشيخ منصور على ناصف، جـ/٢ ص ٢٩٣.

(٢) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع، المرجع السابق، ص ٧٨٥ هامش ٨٠.

(٣) انظر الامام محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية فى الإسلام، دار الفكر العربى، دون تاريخ، ص ٦٠، وانظر الدكتور محمد ضياء الدين الريس ، المرجع السابق، النظريات السياسية الإسلامية، مكتبة دار التراث، الطبعة السابعة، ص ٣٨٢.

(٤) انظر قول ابو يوسف فى تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى ، المطبعة الأميرية ١٣١٣ جـ/٣ ص ٢٦٧، وانظر قوله أيضا فى الفتاوى الهندية جـ/٣ ص ٢٥٣.

إقامتهم فى بلد أجنبى (لا تسود فيه أحكام الإسلام).

٢ ـ أنه لا تعارض بين هذا القول وتطبيق نص المادة ٢٠ من القانون المدنى المصرى إذ أنها ذات طابع اختيارى فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف(١)، بل أن من القوانين الأجنبية ما يؤيد هذه الوجهة من النظر، إذ تنص المادة ٢/١٦ من القانون الدولى الخاص النمساوى الصادر عام ١٩٧٩ على أنه "يكون شكل إشهار الزواج فى الخارج محكوما بالقانون الشخصى لكل من الزوجين المستقلين، ويكفى مع ذلك ملاحظة قواعد الشكل فى مكان إشهار الزواج".

كما تنص المادة ٥٠ من القانون المدنى الأسبانى الصادر عام ١٩٨١ على أنه "إذا كان المتعاقدان أجنبيين فيمكن إشهار الزواج فى أسبانيا طبقا للشكل المقرر للأسبانيين أو إتمامه فى الشكل المقرر فى القانون الشخصى لكل منهما".

وتنص أيضا المادة ١٣ من القانون المدنى اليونانى على أن "شكل الزواج يكون محكوما أما بالقانون الوطنى لكل من الزوجين المستقبليين .....".

وهو ما استقرت عليه الاتفاقيات الدولية إذ تنص المادة ٥/٣ من اتفاقية لاهاى الخاصة بالزواج المعقودة فى سنة ١٩٠٢ بأنه "يجب احترام نصوص قانون الجنسية فيما يتعلق بالإعلان أو النشر عن الزواج ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الإعلان أو النشر بطلان الزواج فى غير البلاد التى خولف قانونها".

---

(١) فى الطابع الاختيارى لقاعدة أن الشكل يحكمه قانون محل الابرام، انظر حكم محكمة النقض الفرنسية :

Cour de Cass. (Ch. Civ.., Ire Sect.) 28 mai 1963, Socitét les films Richébé C. Société Roy Export et Charlie chaplin Rev Crit. dr. int. pr., 1964 P 513 note Loussourarn.

٣ – أنه لا محل للقول بأنه ليس للأفراد اشتراط الشهود بينما الشكل الذى ينظمه قانون الدولة محل الإبرام لا يشترط هذا الشرط، ذلك أن معظم التشريعات الأوربية تشترط الإشهاد على العقد ، فضلا عن أن الزواج عقد رضائى مدنى فى معظم هذه البلاد، علاوة على أن للمسلمين استيفاء العقد وفق شروط الزواج الإسلامى فى الشكل القنصلى وقد انتشر التمثيل الدبلوماسى والقنصلى فى كل دول العالم.

٤ – أن الرأى الغالب فيما يتعلق بتكييف شرط تدخل رجل الدين وشهادة الشهود فى زواج غير المسلمين أنه من الشروط الموضوعية التى تخضع للقانون الشخصى للزوجين، وهو ما يعنى أن المصريين غير المسلمين لا يصح زواجهما فى الخارج دون تدخل رجل الدين وإلا كان العقد باطلا غير معترف به لدى الكنائس التى تتطلب لوائحها هذه الشروط، ومن ثم يصير التساهل فى اشتراط الإشهاد فى زواج المسلمين غير مفهوم.

تكييف شرط الطقوس أو المراسيم الدينية:

من أهم ما يجرى فيه الخلاف فى تكييف شروط انعقاد الزواج شرط المراسم الدينية للزواج وهل تعتبر من موضوع الزواج أو من شكله. والمتبع فى البلاد التى تعتبر الزواج نظاما مدنيا هو اعتبار المراسم الدينية من شكل الزواج وليس من موضوعه، كما هو الشأن فى فرنسا والمانيا وبلجيكا. أما البلاد التى تعتبر الزواج نظاما دينيا فتنظر إلى المراسم الدينية باعتبارها من الشروط الموضوعية للزواج، كما هو الحال فى بلغاريا واليونان(١).

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص المصرى، جـ/٢ ط ١٩٥٥، مكتبة النهضة العربية ص ١٩٤

أما فى مصر والبلاد الإسلامية فالأمر قد يكون محل خلاف نظرا لعدم وجود قانون موحد للأحوال الشخصية التى مازالت تخضع لشرائع متعددة فى اطار الشريعة العامة الواجبة التطبيق ألا وهى الشريعة الإسلامية[١]، مما يعنى أن الأشكال التى تجرى فيها عقود الزواج فيما بين المواطنين متعددة بقدر تعدد تلك الشرائع فهناك الشكل الإسلامى المدنى لزواج المسلمين وغير المسلمين[٢]، وهناك الشكل المدنى لزواج الأجانب غير المسلمين أمام الموثق الرسمى[٣] بصرف النظر عن دياناتهم، والزواج الدينى الذى تباشره الجهات الدينية للطوائف غير المسلمة بشرط اتحاد الديانة[٤] (الطائفة والملة).

الفرع الثانى

الشروط الموضوعية للزواج

إذا ما نازع صاحب مصلحة فى صحة الزواج ، المراد ابرامه بين طرفين كلاهما أو احدهما لا يحمل جنسية الدولة لتخلف شرط من شروطه الموضوعية واستطاع القاضى تحديد الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية فعندئذ يتعين عليه البحث عن القانون الذى يحكم هذه الشروط . وقد حسم المشرع المصرى هذه المسألة عندما نص فى المادة ١٢ من القانون المدنى على أنه "يرجع فى

---

(١) انظر الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٢٤٠، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ١٣٢!

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٠٣

(٣) المرجع السابق، ص ٢٠٤

(٤) الذى لا يتقيد بالمانع المبنى على مجرد اختلاف ديانة الطرفين طالبى التوثيق ، انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٠٤

الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".[١]

ولا يختلف الحكم الوارد فى هذه القاعدة القانونية مع ما هو راجح لدى فقهاء الشريعة الإسلامية. ذلك أن الإسلام دين تسامح، وقد نُهينا عن مجادلة أهل الديانات السماوية فى معتقداتهم لقول الحق سبحانه "لا إكراه فى الدين"[٢]، وقوله سبحانه ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتى هى أحسن"[٣]، والزواج من أهم مسائل الأحوال الشخصية التى تظهر فيها النزعة الإسلامية للتسامح.

والحقيقة أنه يمكن رد آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فى مسألة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق بشأن صحة الزواج إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول: تطبيق الشريعة الإسلامية (قانون القاضى):

ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب أن تجرى على مناكحات غير المسلمين – ذميين أو مستأمنين – حال تحاكمهم إلى القاضى المسلم فى شأن صحتها، أو حال إسلامهم، جميع أحكام الشريعة الإسلامية، بحيث يتعين الحكم بفساد ما نشأ منها على خلاف

---

(١) يرجع هذا النص الى نص المادة ٢/٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة. ومن القوانين ما يخضع هذه الشروط لقانون موطن كل من الزوجين باعتباره القانون الشخصى، مثل القانون الانجليزى. ومنها ما يخضعه لقانون محل الابرام مثل قانون الولايات المتحدة الأمريكية. انظر :

Batiffol : op. cit. no. 413.

والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ٢٥٥-٢٥٦.

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٥٦.

(٣) سورة العنكبوت : الآية ٤٦.

مقتضى هذه الأحكام[١]. لأن للنكاح فى الإسلام شرائط لا يراعونها[٢].

الاتجاه الثانى: تطبيق الشرائع الشخصية لأطراف النزاع:

من أظهر آثار نزعة التسامح أن يترك غير المسلم (ذميا كان أو مستأمن) وما يدين به فى مسائل الزواج لأن الزواج من أمس الأحوال الشخصية للإنسان، فوجب رعاية عقيدته وشريعته فيه بأن تكون هى الواجبة التطبيق فى هذه الناحية.

ومن ثم يذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا كانت أنكحة غير المسلمين الفاسدة فى حكم الشريعة الإسلامية يرجع فسادها إلى تخلف غير شرطى حل المحل وأبدية العقد من شروط صحة عقد الزواج فى الإسلام، فإنهم – متى كانت هذه المناكحات جائزة فى شرائعهم – يقرون عليها إذا ما ترافعوا فى شأنها إلى القاضى المسلم، أو إذا ما اعتنقوا الإسلام، أما إذا كان مرجع الفساد إلى تخلف حل المحل أو أبدية العقد تعين التفريق بينهم إذا ترافعوا إلى القاضى المسلم أو إذا أسلموا "لأنهما إذا ترافعا فقد تركا ما داناه، ورضيا بحكم الإسلام ولقوله تعالى : فإن جاءوك فأحكم بينهم"[٣].

وعلى ذلك يجوز للأجانب الزواج بغير شهود إذا ما كانت

---

(١) انظر رأى الأمام زفر من فقهاء الحنفية معروضا فى المبسوط للأمام السرخسى ، ط دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. جـ/٥ ص ٣٨ ، وكذلك بدائع الصنائع للأمام الكاسانى ط دار الكتاب ببيروت، ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م جـ/٢ ص ٣١٠، وعرض هذه المسألة لدى الدكتور عنايت عبد الحميد، أساليب فض تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص ٥١

(٢) إشارة إلى قول للأمام مالك انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير طبعة بولاق ١٢٩٥هـ جـ/٢ ص ٢٧٢، وبدائع الصنائع ، المرجع السابق، ص ٢٧٢

(٣) انظر بدائع الصنائع، المرجع السابق، جـ/٢ ، ص ٣١١

شرائعهم تسمح بذلك كما يجوز للرجل الزواج بالمرأة فى عدتها من رجل آخر(غير مسلم)[١]. إذا كانت ديانتهم لا توجب العدة[٢]، لأننا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون[٣]. إلا ما استثنى من هذا الأصل العام كعقود الربا.

ويستدل من إقرار غير المسلمين على ما يدينون فى شأن الشروط الموضوعية للزواج، أنهم يخضعوا لقوانينهم أو شرائعهم الشخصية فيما لا مخالفة فيه للنظام العام فى الدولة الإسلامية.

وعلة الحكم بالرجوع إلى قانون كل من الزوجين واضحة إذ أننا بصدد إنشاء علاقة يترتب عليها آثار فى غاية الأهمية فى حالة الإنسان ولن يكون منطقياً أن تقوم هذه العلاقة فى ظل قانون دولة أحد الطرفين بينما تقع باطلة وفق قانون دولة الطرف الآخر.[٤]

ولكن كيف يمكن تطبيق قانون كل منهما على العلاقة ؟

يثور فى العمل أحد الفروض الثلاثة الآتية :

١ - وحدة جنسية الطرفين : وهنا لا تظهر صعوبة فى إعمال القانون الواجب التطبيق ، إذ سيتم تطبيق قانون الدولة التى ينتميان إليها بجنسيتهما.

---

(١) ولكن لو تزوج الأجنبى غير المسلم من امرأة غير مسلمة فى عدة من مسلم، كان العقد غير صحيح لأن المسلم يعتقد العدة حقا واجبا له يجب رعايته واحترامه.

(٢) انظر الفتاوى الهندية طبعة دار أحياء التراث العربى ببيروت، ط/٤ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. جـ/١ ص ٣٣٧ والمبسوط. المرجع السابق. ص ٣٨. وبدائع الصنائع. المرجع السابق. ص ٣١٠.

(٣) إلا ما استثنى من عقودهم كالربا. انظر بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص ٣١١، والمبسوط للسرخسي، طبعة مطبعة السعادة ١٣٢٤هـ جـ/٥ ص ٣٨ – ٣٩.

(٤) فى تعليل حكم هذه المادة بالاستناد الى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٧٥

٢ - انعدام او جهالة جنسية الطرفين: وهنا ايضا لا صعوبة فى الأمر إذ أن المستقر عليه هو "سريان قانون دولة موطنهما أو قانون دولة محل اقامتهما العادية على مسائل أحوالهما الشخصية، ومنها مسائل الزواج".(١)

٣ - اختلاف جنسية الطرفين : وهنا تظهر الصعوبة الحقيقية إذ نجد الرجل من دولة والمرأة من دولة أخرى كأن يكون هو انجليزيا بينما تكون هى فرنسية .

وقد اتجه الفقهاء فى كيفية تطبيق مثل هذه القاعدة الى اتجاهين بارزين:

الاتجاه الأول : التطبيق الجامع للقانونين :

اتجه الفقهاء التقليدين(٢) إلى أنه لما كان المقصود من قاعدة الإسناد هو حماية رابطة الزوجية ذاتها وتلافى قيامها صحيحة فى نظر قانون دولة أحد الزوجين وغير صحيحة فى نظر قانون دولة الزوج الآخر فأن الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا اعتبر كذلك وفقا للقانونين . وهو ما لا يتحقق إلا باستيفاء الزوج شروط الزواج فى قانونه وفى قانون الزوجة ، واستيفاء الزوجة شروط الزواج فى قانونها وفى قانون الزوج(٣) بمعنى أنه يجب "إدماج أحكام كل من

---

(١)أنظر المرجع السابق ص ٦٥٣ ، ٧٧٦.

(٢) أنظر:

A. Pillet: Principes du droit international privé, Paris, 1903, P. 323

وفى عرض هذا الاتجاه:

Batiffol: op. cit., no. 388, 414.

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٦٠.

القانونين ثم تطبيق هذه الاحكام على كل من الزوج والزوجة.[١]

نقد فكرة التطبيق الجامع :

لا يسلم القول بالتطبيق الجامع لكل من القانونين من النقد ذلك أن "من شأنه من الناحية العملية اهدار القواعد الأكثر تساهلا والاقتصار على إعمال القواعد الأكثر تشددا بالنسبة لكل من الزوجين"[٢]. "وبالتالى تقل فرصة قيام الزواج المختلط لاختلاف أحكام قوانين الأسرة فيما بين الدول عادة"[٣]. "ولاشك أن هذه النتيجة تتنافى مع الغاية التى يستهدفها أنصار التطبيق الجامع أصلا، وهى احترام قانون كل من الزوج والزوجة معا"[٤].

الاتجاه الثانى : التطبيق الموزع للقانونين :

إزاء الانتقادات التى وجهت لفكرة التطبيق الجامع، اتجه الفقهاء إلى ترجيح الاكتفاء بالتطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين . بمعنى أنه يكفى لصحة الزواج أن يتوفر فى كل طرف على حدة الشروط الموضوعية التى يتطلبها قانون دولته ، دون تطلب استيفاء الشروط التى يقررها قانون الطرف الآخر. فإذا كنا بصدد علاقة بين ألمانى وفرنسية فأنه يكفى أن يتوفر فى الزوج ما يشترطه القانون الالمانى وحده، وأن يتوفر فى الزوجة ما

---

(١) الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧.
(٢) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٠١-٢٠٢.
(٣) الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٧٧.
(٤) أنظر فى الفقه الأجنبى:
Bartin: Principes . .. op. cit., T. II., P 349, Batiffol: op. cit., no. 388.
والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧

يشترطه القانون الفرنسى وحده (١).

ويستند هذا الاتجاه إلى أن كل قانون يحمى وطنىّ الدولة دون الآخرين فلا محل لتطبيقه عليهم .

ورغم ترجيح هذه الفكرة إلا أنه يجب أن نميز بين طائفتين من الشروط الموضوعية ألا وهما : الشروط الموضوعية الايجابية كسن الزواج وصحة الرضا ، وهذه يكفى فيها التطبيق الموزع ، أى يكفى أن يكون كل من الزوجين قد بلغ سن الزواج فى قانونه وأن يكون رضاؤه قد صدر صحيحا وفقا لقانونه .

والشروط الموضوعية السلبية أو موانع الزواج مثل القرابة من درجة معينة أو ارتباط المرأة بزواج سابق لم ينحل، وهذه يجب أن نرجع فيها الى فكرة التطبيق الجامع أو المزدوج لقانون كل من الزوجين(٢).

وعلة ذلك واضحة إذ أن وجود المانع فى قانون أحد الزوجين دون قانون الآخر يعنى السماح بقيام رابطة الزوجية فى

---

(١) فى هذا الرأى انظر:
Niboyet: op. cit., T.5., no. 1406, Batiffol: op. cit., no. 431.
وفى الفقه الحديث أنظر المؤلف المشترك :
Holleaux, Foyer & de Lapradelle: Droit international privé, Ier ed. Paris, 1987, P. 516.
وفى وجوب اتباع أسلوب الإسناد الموزع "application distribuive de lois notionales" انظر حكم محكة باريس :
Paris, 31 Oct. 1910 Clunet, 1912, P. 1193.
وفى الفقه المصرى الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ ، الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٧٧٧.

(٢) أنظر حكم محكمة النقض المصرية فى جلسة اول ابريل ١٩٥٤، منشور فى مج الاحكام التى يصدر ها المكتب الفنى س ٥ ص ٧٤٧

نظر القانون الذى لم يتضمن المانع وهذا غير مقبول نظرا لأن تلك الموانع ترمى إلى منع قيام علاقة غير مشروعة ، ومن ثم فهى تهدف لحماية مصلحة عامة للمجتمع. وعلى ذلك فيكفى أن يتضمن أحد القانونين النص على مانع من موانع الزواج لكى لا ينعقد الزواج صحيحا.(١)

الشروط الموضوعية للزواج والنظام العام :

يعد قانون الأسرة المجال الخصب لإعمال استثناء النظام العام لسببين رئيسيين :

الأول: أن قانون الأسرة فى أية دولة يقوم على مفاهيم اجتماعية واخلاقية ودينية .

الثانى : أن مسائل قانون الأسرة تنظمها فى الغالب مجموعة من القواعد القانونية الآمرة .

والغالب أن تصطدم الأفكار التى يقوم عليها تنظيم هذه المسائل فى الدول الإسلامية مع الأفكار التى يقوم عليها تنظيمها فى الدول الغربية، لاختلاف الثقافات واختلاف الدين، ومن ثم يكون اللجوء إلى الدفع بالنظام العام وسيلة القاضى لاستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق.

وإذا كان من المقرر خضوع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون كل من الزوجين فإن إعمال فكرة النظام العام قد

---

(١) أنظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١١٨ ، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢١٦ ، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ، ص ٢٠٢، والدكتور احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٧٧٨.

يعطل تطبيق القانون الأجنبى لكل من الزوجين فى شأن هذه الشروط إذا كان مخالفاً لمقتضيات النظام العام فى دولة القاضى. وإذ أن الشريعة العامة والغالبة هى الشريعة الإسلامية وهى تقوم على فكـرة حماية حقوق المسلم . وكان لا مفر من وجوب احترام أحكامها إعمالا للنصوص الواردة بدساتير الدول الإسلامية كان لا مفر من اعتبار ما أحلته تلك الشريعة واجب الاحترام ولو خالف القانون الشخصى لأحد الزوجين، واعتبار كل ما حرمته الشريعة باطلا فى مصر والدول الإسلامية ولو كان صحيحا طبقا لقانون أحد الشخصين متى كانت الشريعة هى التى تحكم الزواج[١].

وللقاضى أن يقدر ما إذا كان هناك تصادم مع النظام العام الإسلامى من عدمه من خلال الرجوع إلى أصول ثلاثة هى:

١ – أن كل زواج صحيح بين المسلمين، فهو صحيح بين غيرهم[٢].

٢ – أن كل زواج حرم أو فسد بين المسلمين لفقد شرط من شروط صحته كالزواج بغير شهود ، يكون جائزا فى حق غيرهم إذا اعتقدوا صحته، ويقرون عليه إن أسلموا.

٣ – أن كل زواج حرم لعدم المحلية، كما إذا كانت الزوجة محرما، أو مطلقة ثلاثا أو معتدة لمسلم، كان جائزا أيضا بينهم على

---

(١) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٧٨.

(٢) انظر الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصفكى على هامش رد المحتار ، طبعة المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٤هـ جـ/٢ ص ٥٣٠ ، والمبسوط جـ/٥ ص ٤٠، وبدائع الصنائع جـ/٢ ، ص ٣١٠ ومغنى المحتاج على هامش المنهاج للنووى ، طبعة مصطفى محمد بمصر ، مرجع سبق ذكره، جـ/٣ ص ١٩٢.

الأصح عند الرأى الغالب إن لم يترافعوا ألى القاضى [١].

وإن كنا نميل إلى رأى أبى يوسف بأنه يكون فاسدا لأن الانكحة الفاسدة بين المسلمين المجمع على فسادها كزواج المحارم يلزم تنفيذ حكمها بشأن غير المسلمين لأن الأصل فى الشريعة العموم فى حق الناس كافة إلا أنه يتعذر تنفيذها خارج الدول الإسلامية لعدم الولاية، فإذ هى واجبة التطبيق فى الدول الإسلامية لزم التنفيذ، ولأن النكاح الفاسد زنى من وجه فلا يمكنون منه كما لا يمكنون من الزنى فى دار الإسلام[٢].

ولما كانت معايير الدفع بالنظام العام فى الشريعة الإسلامية أكثر انضباطاً وصراحة منها فى القوانين الوضعية نرى أن نعرض لنماذج واضحة من مخالفات النظام العام فى البلاد الإسلامية فيمايلى:

١ ـ مخالفة حظر تعدد الزوجات للمسلم للنظام العام:

يعد مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية كل قانون أو شريعة تحظر على المسلم الزواج بزوجة ثانية أو ثالثة أو رابعة. وذلك لما ثبت من قول الحق سبحانه "فانكحوا ما طاب لكم

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار وشرحه تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين. الطبعة الثالثة المطابع الأميرية بالقاهرة عام ١٣٢٣هـ جـ/٢ ص ٣٩٥ ـ ٣٩٦ وفى الفقه الحديث الدكتور محمد يوسف ، المرجع السابق ص ١٧١- ١٧٢، وانظر الدكتور عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين، ص ٢٩٦.

(٢) انظر أحكام القرآن للإمام أبى بكر أحمد بن الرازى المشهور بالجصاص ، مطبعة الأوقاف الإسلامية فى دار الخلافة العلية بالاستانة سنة ١٣٣٥هـ ح/٢ ص ٤٣٦ والمبسوط ، المرجع السابق، جـ/٥ ص ٣٨ ـ ٣٩ وبدائع الصنائع، المرجع السابق، جـ/٢ ص ٣١١.

من النساء مثنى وثلاث ورباع"(١).

إذ وإن كان تعدد الزوجات مخالف للنظام في الدول الأوربية، إلا أنه ليس مخالفا للنظام العام في مصر والبلاد الإسلامية، بل على العكس فإن حظر التعدد، في الحدود التي أباحتها الشريعة الإسلامية وبضوابطها، هو الذى يعد مخالفا للنظام العام(٢). ومن ثم فإذا عرض نزاع بشأن بطلان زواج إيطالى مسلم من مسيحية يونانية مع احتفاظ الزوج بزواجه الأول وجب استبعاد القانونين البريطانى واليونانى لحظرهما تعدد الزوجات(٣).

وإذا عرض نزاع بشأن مصرى مسلم تزوج فى فرنسا زواجاً ثانياً من امرأة أجنبية كتابية، فإن العقد يعد صحيحا طبقا للشريعة باعتبارها قانون أحد المتعاقدين وإن كان باطلا طبقا للقانون السائد فى فرنسا، لأن تعدد الزوجات المبطل للزواج هناك لا يعتبر مبطلا له فى مصر وعند المسلمين وبذلك تبقى للزوجة الثانية حقوقها وللأولاد صفتهم الشرعية(٤).

ليس فقط لأن الشريعة الإسلامية هى القانون الواجب التطبيق وإنما إعمالا لقاعدة عدم الاعتداد بالموانع الدينية أو المذهبية أو الوطنية الخاصة التى توجد فى بعض القوانين الأجنبية

---

(١) سورة النساء : الآية ٣.
(٢) انظر الدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٢٤٢.
(٣) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٧٨، والحكم المنشور بمجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد ١٩، حكم رقم ٨٨ ص ٣٥٧ ومابعدها.
(٤)انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق.

ويعتبرها قانون المحكمة غير مشروعة أو غير عادلة[١].

٢ – مخالفة حظر زواج المسلمين السنة من المسلمين الشيعة للنظام العام:

فقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة فى مارس ١٨٩٧ بأن الزواج المعقود بين مسلم من رعايا حكومة فارس (إيرانى) ومسلمة عثمانية (تركية) هو زواج صحيح بالرغم من كونه منهيا عنه بأمر عال عثمانى يسرى على البلاد التركية على اعتبار أن مثل هذا الأمر القائم على التفرقة المذهبية يعد من قوانين الضبط (البوليس) الداخلية فى تركيا ولا يترتب عليه البطلان خارج تركيا بصفة خاصة[٢].

٣ – مخالفة حظر زواج المسلم بغير المسلمة (من أهل الكتاب) للنظام العام:

يعد مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية كل نص فى شرع أو قانون أجنبى يمنع زواج المسلم بغير المسلمة من أهل الكتاب.

ذلك أن الإسلام يبيح للمسلم أن يتزوج بغير المسلمة إن كانت تدين بدين من الأديان السماوية لما ورد فى قول الحق سبحانه "اليوم أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حلّ لهم، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من

---

(١) انظر المرجع السابق، ص ٤٧٧.
(٢) الحكم مشار إليه لدى الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٧٩ برقم س م ٢٥ مارس ١٨٩٧ مج ت م ٩ ٢٤٧.

الذين أوتوا الكتاب من قبلكم"[١].

وقد قضى فى مصر بصحة زواج انجليزى مسلم من يونانية مسيحية مع اعتبار ما ورد بالقانون اليونانى الذى لا يجيز هذا الزواج – مخالفا للنظام العام[٢].

٤ – مخالفة النظام العام بإجازة زواج المسلمة بغير المسلم:

يعد مخالفاً للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية كل نص فى شرع أو قانون أجنبى إذا أجاز زواج المسلمة بغير المسلم لما هو ثابت من تحريم ذلك بقول الحق سبحانه "لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن"[٣]. ولقوله سبحانه "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"[٤]. ومن ثم يتخلف شرط من الشروط الموضوعية السلبية اللازمة لصحة الزواج فى البلاد الإسلامية[٥].

---

(١) سورة المائدة: الآية ٥.
ورغم حل الزواج بالكتابيات إلا أن من الفقهاء من يرى أنه مكروه كراهة تنزيه وأنه أولى بالمسلم ألا يفعل الا للضرورة لما يحدثه من مفاسد اجتماعية. انظر فتح القدير لكمال الدين بن الهمام، طبعة مصطفى الحلبى ١٣٥٦هـ جـ/٢ ص ٣٧٢ ، والمبسوط للسرخسى جـ/٤ ص ٢١٠، والدكتور محمد يوسف ، أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى ، ط ١٩٥٦، ص ٦٦، والشيخ أحمد ابراهيم ، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة والقانون ط ١٩٩٤، ص ٢٢٧ – ٢٢٨.

(٢) انظر الحكم السابق منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة ع ١٩ حكم رقم ٨٨ ص ٣٥٧ ومابعدها.

(٣) سورة الممتحنة : الآية ١٠.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٢١.

(٥) انظر الام للشافعى طبعة مطبعة بولاق سنة ١٣٢١ – ١٣٢٥هـ جـ٥ ص ٥، أحكام القرآن للشافعى الطبعة الأولى ١٣٧١هـ جـ١ ص ١٨٩، بدائع الصنائع ، المرجع السابق، جـ/٢ ، ص ٢٧١- ٢٧٢ ، المغنى ، المرجع السابق، جـ/٦ ص ٦٤٣ ، والدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٥٧.

وعلى ذلك فإذا وقع مثل ها الزواج فهو باطل لا وجود له حكما، وإن وجد فى الصورة فلا يترتب عليه أى أثر بعد الدخول أو قبله لانتفاء المحلية الأصلية التى هى شرط انعقاده[١].

وقد قضى بشأن زواج مصرية مسلمة من روسى أرثوذكسى بأنه حتى لو كان الزواج مشروعا وفقا للقانون الروسى إلا أنه باطل وفقا للقانون المصرى[٢].

وقد قضى بأن المسلمة لا تتزوج إلا مسلما وزواج المسلمة بغير المسلم حرام باتفاق لا ينعقد أصلا ولا يثبت به النسب[٣].

بل أنه من المقرر شرعا أن المرأة إذا أسلمت ولم يسلم زوجها فرق بينها وبينه[٤].

٥ ـ مخالفة إباحة زواج المسلم بمن لا تدين بدين إلهى للنظام العام:

ذلك أن المسلم يحرم عليه أن يتزوج بالملحدة التى لا دين لها، والمرتدة عن الإسلام، والتى تدين بدين لم يشرعه الله مثل المجوسية التى تعبد النار والمشركة التى تعبد الأصنام والهندوكية التى تعبد البقر[٥].

وذلك لقول الحق سبحانه "ولا تنكحوا المشركات حتى

---

(١) انظر الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٢٠.
(٢) انظر الحكم منشور فى مجلة التشريع والقضاء س ٢٥ ص ٢٤٢.
(٣) الطعن رقم ١٦ لسنة ٣٥ق أحوال شخصية مج الأحكام س ١٨ ص ٥٨٥.
(٤) انظر أحكام أهل الذمة: لابن القيم طبعة دار الكتب العلمية ببيروت، ١٩٩٥، ص ٣٢٢.
(٥)انظر الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ١٣٤.

يؤمن، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم"[١].

والحكمة فى ذلك أن ما بيننا وبينهم من الخلاف فى الاعتقاد البالغ نهايته يقتضى إلا يتصل بهم المسلم بواسطة المصاهرة[٢].

٦ – مخالفة إباحة زواج المحارم للنظام العام:

يعد مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية كل نص فى شرع أو قانون أجنبى يبيح زواج المحارم. ومن ثم فإذا ما تزوج غير المسلم "ذمي أو مستأمن" ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فإنه لا يتعرض له فى ذلك وإن علمه القاضى مالم يترافعوا إليه[٣] أو مالم يسلموا[٤]. ذلك أن فساد هذه الأنكحة فى حق المسلمين قد ثبت بالنص بقوله سبحانه "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"[٥] لما تؤدى إليه من قطع الرحم وخوف الجور فى قضاء الحقوق وغير ذلك، وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم وغيره، إلا أنه مع الحرمة والفساد لا يتعرض لهم قبل المرافعة وقبل الإسلام، لأنهم دانوا بذلك ، أى اعتقدوه صحيحا، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون[٦].

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢١.
(٢) نظر الشيخ احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٢٣.
(٣) انظر المبسوط جـ/٥ ص ٣٩.
(٤) انظر المرجع السابق، ص ٤٠، ٤١.
(٥) سورة النساء: الآية ٢٣ حيث حرمت على الرجل الزواج بأربعة أنواع من النساء بسبب القرابة القريبة هم: ١ – أصوله، أى أمه وجداته لأبيه أو لأمه وإن علون ، وكذا عماته وخالاته.
(٦) انظر بدائع الصنائع، جـ/٢ ص ٣١١.

أما إذا ترافعوا إلى القاضى فإنهم بذلك يكونوا قد ارتضوا بحكم الإسلام فى هذه المعانى السامية[١]، خاصة وأن المحرمية كما تنافى ابتداء النكاح تنافى البقاء.

وعلى ذلك يستبعد القاضى الشرع أو القانون الذى يسمح بزواج الرجل من محارمه بسب القرابة القريبة أو بسبب الرضاع أو بسبب المصاهرة، وهو ما نفصله فيمايلى:

أولا: مخالفة النظام العام بالزواج من المحرمات للقرابة القريبة:

يعد الشرع أو القانون الأجنبى مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية إذا أحل الزواج من أربعة أنواع من النساء بسبب القرابة القريبة وهم:

أ – أصوله، أى أمه وجداته لأبيه أو لأمه وإن علون ، وكذا عماته وخالاته لأنهن أولاد الأجداد والجدات[٢].

ب – فروعه، أى بنته وابنتها وبنت ابنه وإن نزلن ، ويلاحظ هنا أن تحريم الزواج بالأبنة يشمل عند الأحناف الأبنة الشرعية والأبنة من الزنا، خلافا للشافعى[٣].

---

(١) انظر المهذب فى فقه الأمام الشافعى للإمام ابا إسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز ابادى الشيرازى، طبعة البابى الحلبى ١٣٤٣هـ جـ/٢ ص ٥٤، ٥٥ ، ٢٧٣. ومغنى المحتاج على متن منهاج الطالبين للنووى طبعة دار الفكر ببيروت، جـ/٣ ص ١٩٢ والمدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس طبعة البابى الحلبى المجلد الثانى جـ/٤ ص ٣١٢ ، والفتاوى الهندية جـ/١ ص ٣٣٧.

(٢) انظر بدائع الصنائع جـ/٢ ص ٢٥٧.

(٣) انظر بدائع الصنائع ،الموضع السابق، وقارن حاشية سليمان البيجرمى، على منهج الطلاب المسماة التجريد لنفع العبيد. للامام زكريا الأنصارى، طبعة بولاق، ١٢٩٢هـ ، جـ/٣ . وفى تأييد الأحناف انظر فى فقه الحنابلة، كشاف القناع على

ج – فروع الأبوين، وهى أخواته وبناتهن ، وبنات أخوته وإن نزلن، ولا فرق فى هذا بين من تكون شقيقة أو لأب أو لأم، لما ثبت بنص الكتاب الكريم(١) فى قوله الحق سبحانه "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم .... وبنات الأخ وبنات الأخت".

د – فروع الجدين إلى درجة واحدة: وهن العمات والخالات سواء كن شقيقات، أو لأب أو لأم ، وسواء كانت الواحدة منهن عمة أو خالة الشخص نفسه، أم عمة أو خالة لأحد أبويه أو لأحد أجداده وجداته، لما ثبت من الإجماع على ذلك(٢).

وهى الأحكام التى تقرها المادة ٢٠ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس فى مصر التى تنص على أنه "تمنع القرابة من الزواج وإن سفلوا. بالأخوة والأخوات ونسلهم. بالأعمام والعمات والأخوال والخالات دون نسلهم"(٣).

والمادة ١٦ من قواعد وأحكام الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس فى العراق والتى تنص على أنه "يشترط لصحة الزواج ....

٦ – أن لا يكون الزوجان من ذوى القرابات التالية:

"(أ) الآباء وزوجاتهم والأمهات وأزواجهن وإن علوا.

متن الأقناع للشيخ منصور بن ادريس الطبعة الأولى، المطبعة الشرقية ١٣١٩هـ جـ/٣ ص ٤٠.

(١) انظر الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) وبينما تتفق باقى المذاهب المسيحية فى تحريم النكاح بالأصول والفروع تختلف فى قرابة الحواشى ، انظر فى هذا الخلاف حلمى بطرس، المرجع السابق، ص ٢٢٩ – ٢٣٢، والدكتور عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(ب) الأبناء وزوجاتهم وإن سفلوا والبنات وأزواجهن وإن سفلوا .

(ج) أفراد الدرجة الثالثة مطلقا وهم الأخوة وزوجاتهم والأخوات وازواجهن ويضاف إليهم أولاد الأخوة وأولاد الأخوات وإن سفلوا.

(د) أصحاب الدرجة الرابعة مطلقا.

(و) الأخوة بالرضاعة................"[١].

وهى الأحكام التى تقرها شريعة اليهود الربانيين[٢].

ثانيا : مخالفة النظام العام بالزواج من المحرمات للقرابة بالمصاهرة:

يعد مخالفا للنظام العام كل نص فى شرع أو قانون أجنبى. أحل للرجل الزواج من أربعة أنواع من النساء بسبب المصاهرة بينهم.

وذلك لقول الحق سبحانه فى بيان المحرمات من النساء "وأمهات نسائكم وربائبكم[٣] اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلهم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم"[٤] وقوله سبحانه "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء

(١) انظر الجريدة الرسمية العراقية عدد رقم ٢٨٥٥ فى ١٩٥٠/٧/٦.
(٢) انظر م. حايى شمعون ، المرجع السابق، المادة ٣٩.
(٣) الربيبة هى بنت الزوجة تكون فى بيت زوج أمها، وتحت إشرافه.
(٤) سورة النساء: الآية ٢٣.

سبيلا"[١].

فقد حرم المولى سبحانه على الرجل الزواج بكل من:

أ – أصول زوجته : إذ يحرم ويعد مخالفا للنظام العام زواج الرجل من أم زوجته وأم أمها وأم أبيها أو أم الزوجة وجداتها من جهة أبيها أو أمها، وإن علون، وسواء فى هذا أن يكون قد دخل بزوجته أو لم يدخل بها عند جمهور الفقهاء[٢]،ولو كان قد طلقها قبل أن يدخل بها[٣]. لمخالفته للنص الصريح الوارد كقول الرسول صلى الله عليه وسلم "إيما رجل تزوج امرأة، فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده، فلا يحل له أن يتزوج أمها"[٤].

ب – فروع زوجته التى دخل بها: ومن ثم يعد مخالفا للنظام العام زواج الرجل ببنات زوجته وبناتهن وبنات أبنها وإن سفلن. وذلك عملا بقول الحق سبحانه "وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن" بالنسبة لبنت الزوجة، وعملا بالإجماع بالنسبة لبنات الربيبة وبنات أبنائها[٥].

ج – زوجة الفرع : إذ يحرم ومن ثم يعد مخالفا للنظام العام زواج الرجل بزوجة أبنه أو ابن الأبن أو أبن البنت وإن سفل وذلك

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٢.

(٢) انظر بدائع الصنائع، جـ/٢ ص ٥٨ وهناك خلاف بين الفقهاء إذ منهم من يرى أن أم الزوجة لا تحرم على الزوج بنفس العقد مالم يدخل بابنتها.

(٣) انظر عرض المسألة عند الدكتور محمد يوسف ، المرجع السابق، ص ١٢٤ ، الذى يرجح رأى الأحناف فى اطلاق التحريم لأن النص فى قوله سبحانه "وأمهات نسائكم" لم يرد مقيد بالدخول.

(٤) رواه الترمذى بسند ضعيف ولكن أية التحريم بسورة النساء تؤيده. انظر شرح الحديث فى التاج الجامع لأصول فى أحاديث الرسول. المرجع السابق، باب المحرمات - جـ/٢ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠.

(٥) انظر الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ١٢٤.

للنص الصريح بالتحريم الوارد فى قوله سبحانه "وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم". إلا أن مخالفة النظام العام لا تتحقق إذا أراد الزواج بزوجة الابن بالتبنى إن طلقت من الأخير وذلك لأن التبنى إبطل وإبطل ما يترتب عليه من آثار لقول الحق فى هذا الشأن "فلما قضى زيد منها وطرا زوّجْناكها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطراً"(١).

د – زوجة الأصل: أى يحرم ومن ثم يعد مخالفا للنظام العام زواج الرجل بمن كانت زوجة أبيه أو جده وإن علا، سواء أكان دخل بها أم لا. وذلك لقول الحق سبحانه "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء" ولإجماع الأمة على تحريم الزواج بزوجة الجد باعتباره أبا.

الخلاف حول الزواج بأصول وفروع من اتصل بها اتصالا غير مشروع:

وهنا يثور التساؤل هل يعد مخالفا للنظام العام تطبيق الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز زواج الرجل من أصول أو فروع امرأة اتصل بها اتصالا غير مشروع؟

و قد وجد فى هذه المسألة رأيان:

الأول: وهو رأى الأحناف، أن مثل هذه الشرع أو القانون يجب استبعاده لأن الحرمة تثبت بمقدمات الزنا ودواعيه كالتقبيل واللمس والنظر بشهوة ، فيحرم هو على أصولها وفروعها، وتحرم

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٣٧.

هى على أصوله وفروعه[١].

الثانى: وهو رأى الشافعية، أن مثل هذا الشرع أو القانون لا يعد مخالفا للنظام العام ومن ثم يمكن تطبيقه فى النزاع المعروض على القاضى لأن الزنا فى رأيهم، لا تثبت به حرمة المصاهرة التى تعتبر نعمة تجعل ما كان أجنبيا محرما كالقريب ، فلا يصح أن تترتب على فعل حظره الله ورسوله[٢].

ثالثا : مخالفة النظام العام بالزواج من الأقارب المحرمات بالرضاعة:

يستبعد القاضى الشرع أو القانون الذى يسمح بزواج الرجل من أربعة أنواع من النساء للقرابة الناشئة عن الرضاعة.

فقد ورد بالقرآن نص صريح فى هذه المسألة فى قول الحق سبحانه "وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة"[٣] وأكد عليه الحديث النبوى الشريف فى قوله صلى الله عليه وسلم "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"[٤].

لأنه بالرضاعة يتصل الرضيع بمن أرضعته وبزوجها، وبذلك يكون الزوجان بمنزلة الأبوين للرضيع، ويكون أولاد كل من الزوجين أخوة له من الرضاعة. وتكون أخوات الزوج عمات له، وأخوات الزوجة خالات له، وهكذا ، وبالتالى يحرم، ومن ثم

---

(١) انظر بدائع الصنائع، جـ/٢ ص ٢٦٠ – ٢٦١.
(٢) فى شرح مذهب الشافعية والرد عليه انظر فتح القدير جـ/٢ ص ٣٦٥- ٣٦٨.
(٣) سورة النساء: الآية ٢٣.
(٤) مذكور فى سبل السلام شرح بلوغ المرام للشيخ محمد بن اسماعيل الصنعانى، طبعة دار الفجر ، جـ/٣ ص ٣٥٤ رقم ١٠٦١/٦.

يعد القانون الذى يجيز غير ذلك مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية، على الرجل الزواج من:

أ – أصوله من الرضاعة: وهن أمه رضاعاً وأمها وإن علت، وأم أبيه رضاعاً وأمها وإن علت.

ب – فروعه من الرضاعة: وهن ابنته من الرضاعة وإن نزلت، وأبنة أبنه رضاعا وابنتها وإن نزلت.

ج – فروع الأبوين من الرضاعة: وهن أخواته من الرضاعة وبناتهن وكذا بنات أخوته من الرضاعة وبناتهن.

د – فروع جديه من الرضاعة إلى درجة واحدة وهن عماته وخالاته رضاعا.

كما يستبعد القاضى الشرع أو القانون الذى يجيز للرجل الزواج من أربع أنواع من النساء للقرابة بالمصاهرة نتيجة الرضاعة وهن:

أ – أصول زوجته رضاعا: أى أمها وجداتها من جهة أبيها أو أمها وإن علون وسواء أكان قد دخل بزوجته أم لم يكن قد دخل بها.

ب – فروع زوجته التى كان قد دخل بها: أى بناتها وبناتهن وبنات أبنها وإن سفلن.

ج – زوجة فرعه رضاعا، أى زوجة الأبن وابن الأبن وأبن البنت وإن سفل وسواء أكان قد دخل بها أم لم يدخل.

د – زوجة أصله رضاعا: أى من كانت زوجة أبيه أو جده

وإن علا، وسواء كان قد دخل بها أم لا[١].

٧ – مخالفة النظام العام بالزواج من زوجة الغير أو فى عدتها منه:

يجب على القاضى استبعاد الشرع أو القانون الأجنبى الذى يبيح زواج المسلم من زوجة الغير لما هو وارد فى قول الحق سبحانه عن المحرمات من النساء "والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم"[٢].

وكذا الذى يبيح زواج المسلم من مطلقة الغير فى فترة العده[٣] لقول الحق سبحانه "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" أى ينتظرون بلا زواج حتى تنتهى العدة بثلاث حيضات".[٤]

وأيضا الذى يبيح الزواج من المعتدة لوفاة زوجها نظرا لقول الحق سبحانه "ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله"[٥] أى أنه لا يجوز الزواج بها قبل مضى أربعة أشهر

---

(١) ويلاحظ أن رأى بعض فقهاء الحنابلة يخالف ما ورد بالمتن على أساس أن النبى صلى الله عليه وسلم قصر تحريم الرضاع على نظيره من النسب لا على شقيقه من الصهر فضلا عن أن النص القرآنى لم ينص على تحريم الرضاع إلا من جهة النسب . لمزيد من التفصيلات انظر الفتاوى الهندية ، جـ/٤ ص ١٤٩ وانظر زاد المعاد فى هدى خير العباد، لابن القيم طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٢٤هـ جـ/٢ ص ٢١٥ – ٢١٦.

(٢) سورة النساء : الآية ٢٤.

(٣) انظر الأم للأمام الشافعى، طبعة دار المعرفة ببيروت ط/٢ ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م جـ/٤ ص ٢١١.

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٨.

(٥) نظر الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ١٣٠.

وعشرة أيام.

كما ينعقد تحريم الزواج بالمعتدة عند الأقباط الأرثوذكس إذ أنه" ليس للمرأة التى مات زوجها أو فسخ زواجها أن تعقد زواجاً ثانياً إلا بعد انقضاء مدة عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ وينقضى هذا الميعاد إذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها أو بعد فسخ النكاح"[١].

وهو المقرر أيضا لدى اليهود الربانيين حيث "لا يجوز العقد على المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها الشرعية تسعين يوما لا يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ولا يوم العقد"[٢].

والعلة فى ذلك التحريم المؤقت وتعلقه بالنظام العام واضحة من رغبة المشرع الحكيم سبحانه فى حماية حق الزوج الأول بعدم الاعتداء عليه وزواجه بزوجته المعتدة مايزال قائما حكما ، فضلا عن أن إجازة الزواج بالمعتدة يؤدى إلى اختلاط الأنساب وضياع الأولاد بين الزوجين الأول والثانى.

ولا يختلف الحكم سواء أكانت معتدة من زواج صحيح أو فاسد أو فيه شبهة لأن الولد فى كل هذه الحالات يثبت لصاحب

---

(١) المادة ٢٥ من قواعد الأحوال الشخصية. وانظر محمد حلمى عبد العاطى، المجموعة الشاملة فى قوانين الأحوال الشخصية، طبعة ١٩٥٦، ص ١٣٧ وهو أيضا ما تنص عليه لائحة الزواج والطلاق للأرمن الأرثوذكس ، انظر محمد نمر وألفى حبشى، المرجع السابق، ص ٢٢٨ ، وفى تعلق العدة بالنظام العام، المرجع السابق.

(٢) المادة ٣٧٦ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائيليين الربانيين، انظر م. حايى بن شمعون، المرجع السابق.

الفراش (الزوج الأول) فلا يجوز الاعتداء عليه[١]. كما لا يختلف الحكم بالنسبة لزواج المستأمن من زوجة الغير.

٨ ـ مخالفة النظام العام لزواج الرجل من مطلقته ثلاثا:

يجب أيضا على القاضى استبعاد الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز للرجل الزواج من المرأة بعد أن طلقها ثلاثاً. إذ بطلاقها على هذا النحو تحرم عليه حرمة مؤقتة، ثابتة بالقرآن الكريم بقول الحق سبحانه "الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" "فإن طلقها (الطلقة الثالثة) فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره".[٢]

فإن طلق رجل امرأته ثلاثا، ثم تزوجها، وذلك جائز عنده، فسخنا النكاح ،...... ولم تحل له حتى تنكح زوجا غيره يصيبها، فإذا نكحت زوجا غيره مسلما أو ذميا أو مستأمنا فأصابها حل له نكاحها[٣].

٩ ـ مخالفة النظام العام للجمع بين الأختين ونحوهما:

يعد مخالفا للنظام العام فى مصر والبلاد الإسلامية الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز الجمع بين الأختين ونحوهما.

إذ من المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية فى تحديد المحرمات من النساء أنه لا يحل للرجل أن يجمع بين أختين

---

(١) انظر بدائع الصنائع، جـ/٢ ص ٢٦٩ والدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ١٢٩.
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٩.
(٣) انظر الأم : المرجع السابق، ص ٢١١.

ونحوهما، نسبا أو رضاعة، لقول الحق سبحانه فى المحرمات من النساء "وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف"(١).

ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها"(٢)، لما فى ذلك الجمع من قطع الأرحام(٣).

ومن ثم لا يجوز للقاضى تطبيق الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها.

أما إذا عرض على القاضى نزاع يتعلق بزواج قائم بين من لا يحل الجمع بينهما وكان زواجه بهما بعقد واحد كان العقد فاسدا ووجب على القاضى التفريق بينهم ولا مهر ولا عدّه إن كان التفريق قبل الدخول، وبمهر المثل أو المسمى إن كانت الفرقة بعد الدخول بواحدة منهما، وعليها العده، فإن كان قد دخل بهما معا لزمه مهر المثل لكل واحدة منهما ووجبت عليها العده(٤). مع ما يترتب على ذلك من آثار.

أما لو كان قد تزوج كل منهما بعقد مستقل، فإن زواج الثانية منهما هو الذى يعتبر فاسد ويجب على القاضى التفريق بينها وبينه مع استمرار نكاح الأولى صحيحا.

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٢.

(٢) متفق عليه انظر صحيح مسلم طبعة الدار العامرة سنة ١٣٣١هـ جـ/٤ ص ١٥٤.

(٣) مع خلاف بين الشافعية والأحناف فيما يتعلق بالجمع الحكمى بين الاثنتان بمعنى زواج الرجل باحدهن فى عدة الأخرى بعد طلاقه لها. انظر بدائع الصنائع جـ/٢ ص ٢٦٣ ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين الرملى طبعة مصطفى الحلبى، ١٩٣٨م جـ/٦ ص ٢٧٥.

(٤) فى تطبيق مذهب الأحناف الوارد بالمتن . انظر حكم محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ٢ لسنة ٢٣ق مج الأحكام . س ١٦ ص ٥١٥.

١٠ ـ مخالفة النظام العام للزواج بأكثر من أربع:

يعد مخالفا للنظام العام في مصر والبلاد الإسلامية الشرع أو القانون الأجنبي الذي يجيز الجمع بين أكثر من أربع زوجات ، سواء كان الزوج مسلما أو غير مسلم. وسواء كن جميعا في عصمته أو كن جميعا معتدات له أو كان بعضهن في العصمة وبعضهن في العدّه[١] عملا بقول الحق سبحانه "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم"[٢].

حيث قد بينت السنة المراد من الآية، فقد روى عن سالم عن أبيه (عبد الله بن عمر) رضى الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وله عشر نسوة فأسلمن معه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعا[٣] وهو حكم محل اتفاق لدى الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين[٤].

وإذا كانت العلة من إباحة التعدد تمكين الناس من الزواج بأكثر من واحدة إذا اقتضت الظروف[٥] بدلا من ارتكاب فعل غير

---

(١) وفقا لرأى الأحناف ويخالفهم في ذلك الشافعي بالنسبة للعدة من الطلاق البائن إذ عنده يجوز للرجل الزواج من أخت مطلقته بائنا قبل انقضاء عدتها لأن الطلاق موجود ولا يمكن مراجعتها بينما يرى الأحناف أن أحكام الزواج بالمطلقة ثلاث لا تنتهي بمجرد الطلاق إذ يظل له آثار كالعدة والنفقة والمنع من الخروج وثبوت النسب لمن يولد له. انظر فتح القدير جـ/٢ ص ٣٨ ، وانظر أيضا الشيخ احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١١٩.

(٢) سورة النساء: الآية ٣.

(٣) رواه احمد والترمذي وصححه ابن حيان والحاكم وأعله البخاري وقال حديث غير محفوظ.

(٤) انظر الشيخ أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص ١٢١.

(٥) المرجع السابق.

مشروع فإن العلة فى التحريم تجنب الأفراط المذموم شرعا وعقلا[١].

١١ – مخالفة القانون الأجنبى للنظام العام لإباحته زواج المتعة:

يعد مخالفا للنظام العام الشرع أو القانون الأجنبى الذى يجيز زواج المتعة لأن النكاح فى الإسلام عقد مؤبد[٢].

وقد روى عن على رضى الله عنه قال "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المتعة عام خيبر".

وعنه "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء ...".

وعن ربيع بن سبرة عن أبيه رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "إنى كنت قد أذنت لكم الاستمتاع من النساء، وأن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة....."[٣].

ويلاحظ أخيرا وليس آخرا أنه لا يشترط لتطبيق الدفع بالنظام العام أن يكون احد أطراف العلاقة مصريا .

فقد قضى بأن زواج التركية المسلمة التى تزوجت فى

---

(١) انظر الدكتور محمد يوسف، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٢) انظر المغنى لابن قدامه طبعة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م جـ/١٠ ص ٣٦.

والمتعة هو أن يعقد الرجل عقدا على امرأة لمدة معينة دون أن يريد مقاصد الزواج. فهو عقد مؤقت ينتهى بانتهاء وقته. انظر الشيخ احمد ابراهيم ، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٣) فى إسناد هذه الأحاديث وبيان معناها انظر سبل السلام، المرجع السابق، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ أرقام ٩٣٤/٢٥، ٩٣٥/٢٦.

القنصلية البريطانية من انجليزى مسيحى فى القاهرة باطل لأنه يخالف قاعدة شرعية تلزم جميع المسلمين بغض النظر عن جنسيتهم.(١)

كما تلاحظ أن ما ذكرناه يتفق مع ما جرت عليه المادة ٢من اتفاقية لاهاى الخاصة بالزواج المعقودة سنة ١٩٠٢ التى تنص على أن "لقانون الجهة التى يعقد فيها الزواج أن يمنع زواج الأجانب فى الأحوال التى يكون فيها ذلك مخالفا لنصوصه فيما يتعلق :

١ – بدرجة القرابة أو المصاهرة المعتبرة مانعاً مطلقاً من الزواج.

٢ – بتحريم الزواج بتاتا على من ارتكبا جريمة الزنا التى من أجلها فسخ زواج احدهما.

ومع تطبيق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذه الاتفاقية لا تلزم أحدى الدول المتعاقدة بمباشرة عقد زواج يخالف قوانينها بسبب وجود زواج سابق أو بسبب مانع دينى، وإذا خولفت قوانينها لهذين السببين فلا يعتبر الزواج باطلا فى غير البلاد التى حصلت فيها هذه المخالفة".

(١) انظر مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة ، ص ٣٥٧.

الفرع الثالث
الشروط الشكلية للزواج

تتصل الشروط الشكلية لابرام عقد الزواج بالقالب أو المظهر الخارجي الذى تخرج فيه ارادة الزوجين إلى العالم الخارجي[1]، وهو يختلف من دولة إلى أخرى ومن دين إلى آخر.

وينعقد الزواج صحيحا فى الشريعة الإسلامية بايجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر بحضور شاهدين عاقلين بالغين مسلمين لنكاح مسلم مسلمة وينعقد بكتابة الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب على الشاهدين وتسمعهما عبارته أو تقول لهما فلان بعث إلى يخطبنى وتشهدهما فى المجلس أنها زوجت نفسها منه[2] دون حاجة لاجراء آخر دينيا كان أو مدنيا. ذلك على العكس من زواج غير المسلمين فى مصر والدول الإسلامية حيث يلزم تدخل رجل الدين لانعقاد العقد، ومن ثم يعد زواجا دينيا من حيث الشكل.

ولا تظهر أى مشكلة بالنسبة لزواج مواطنى الدولة الواحدة، وإنما تظهر الصعوبة عند اختلاف جنسية وديانة الزوجين وعند استحالة اتباع الشكل المقرر فى شرع أو قانون الدولة أو الدول التى ينتميا اليها. الأمر الذى قد يقتضى ابرام العقد مرتين مرة وفق قانون الزوج ومرة وفق قانون الزوجة إعمالا لنظرية شخصية

---

(١) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، دروس فى القانون الدولى الخاص، (على الآلة الكاتبة) ١٩٦٢ – ١٩٦٣، ص ١٠٢.

(٢) انظر المواد ٥ – ٩ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا بمؤلف الشيخ احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٧٩٥، انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

القوانين أو اتباع الشكل المحلى فى الدولة التى يتم فيها العقد[١] إعمالا لنظرية إقليمية القوانين أو نظرية الضرورة[٢] واعتبارات استقرار الحياة الخاصة الدولية والتيسير على المتعاملين[٣] بالنظر إلى أن الزواج من الأعمال الاختيارية[٤].

فقد جرى العمل فى قضاء المحاكم منذ المحاكم المختلطة على أنه يمكن اللجوء إلى الشكل المقرر فى الشريعة الإسلامية حيث يكتفى بالايجاب القبول بحضور شاهدين على التفصيل السابق. باعتباره الشكل المحلى . ومن ذلك مثلا أنه قد قضى فى قضاء قديم بأن الزواج الحاصل فى مصر على يد أحد قضاة المحاكم الشرعية بين فرنسى وفرنسية هو زواج صحيح طبقا للمادة ١٧٠ من القانون المدنى الفرنسى باعتباره الشكل المتبع فى مصر[٥]. أو الرجوع إلى الشكل المقرر فى الشريعة الملية أو الطائفية الخاصة بالزوجين إن اتحدا ملة وطائفة، باعتباره أيضا الشكل المحلى فى الدولة.

ومن ذلك مثلا أنه قد قضى فى قضاء قديم بأن زواج فرنسى ديانته الكاثوليكية بأمرأة يونانية من أهل ديانته أمام بطركخانة هذه الديانة هو زواج صحيح نظرا لكونه حاصلا طبقا للشكل المتبع فى

---

(١) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٨٢، ٤٨٥.
(٢) المرجع السابق، ص ٢٥٣.
(٣) انظر :

Batiffol: Traité….., no. 311.

والدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، ط ١٩٦٦، ص ٤٨٣، والدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص المصرى، طبعة ١٩٥٥، ص ٣٤٦.
(٤) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص ٤٨٦.
(٥) انظر الحكم الصادر من محكمة مصر المختلطة فى ٩ يونيو ١٩١٩ منشور فى جازيت ٩ ص ١٧١ ، ص ٢٨٩.

مصر لأهل الديانة المذكورة[١].

وعلى الرغم من أهمية المسألة إلا أن المشرع المصرى لم يضع قاعدة اسناد خاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية، فقد كانت المادة ٢٨ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى تنص على أنه "أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج صحيحا ما بين أجنبيين أو ما بين اجنبى ومصرى إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذى تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التى قررها قانون كل من الزوجين".. غير أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة.[٢]

وبذلك أصبح شكل الزواج خاضعا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٠ والخاصة بشكل التصرفات بصفة عامة[٣]. حيث تقرر أن "العقود ما بين الاحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك".

وواضح من هذه المادة أن شكل عقد الزواج يمكن أن يخضع لاحد النظم القانونية الأربعة الآتية :-

١ - قانون محل إبرام التصرف .

٢ - القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية .

---

(١) انظر الحكم السابق.
(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ، الجزء الأول ص ٢٥٠و ٢٥٢.
(٣) يلاحظ أن اثبات الزواج يخضع للقانون الذى يحكم شكله. حكم محكمة النقض فى ١٩٧٨/٣/١ فى الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٥ق.

٣ - قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين .

٤ - قانون موطنهما المشترك .

ويفرق الفقهاء بين فرضين :

الفرض الأول : زواج المصريين فى الخارج :

إذ وفقا لنص المادة /٢٠ السالفة الذكر ، يكون زواج المصريين صحيحا من حيث الشكل إذا إبرم وفقا لما يتطلبه قانون محل إبرامه ، أو وفقا لما يتطلبه القانون المصرى باعتباره قانون جنسيتهم المشتركة، أو وفقا لقانون موطنهم المشترك .

أولا : فمن ناحية يجوز للمصريين أن يتزوجوا فى الخارج وفقا للشكل الذى يتطلبه القانون المحلى، أى قانون الدولة التى يبرمون فيها زواجهم. وهنا نفرق بين الأزواج المسلمين، وغير المسلمين .(١)

١ ـ حالة زواج المسلمين :

إذا كان كلا الزوجين مسلما، أو كان الزوج فقط مسلما كان لهما إبرام زواجهما فى الشكل المدنى الذى يستلزمه القانون المحلى ، طالما توافرت فيه الشروط التى تفرضها الشريعة الاسلامية من تراض وشهود ، ولو تم أمام موثق مختص فى دولة محل الإبرام .

أما لو كان الشكل المحلى شكلا دينيا فلا يجوز لهما أن

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، مرجع سبق ذكره ، ص ٣٨٢.

يبرما زواجهما فيه بأى حال من الأحوال.[١]

٢ ـ حالة زواج غير المسلمين :

إذا ما تبين أن الطرفين غير مسلمين فإنه على خلاف الحالة السابقة يقع زواجهما صحيحا إذا كان قد تم فى الشكل الذى يتطلبه قانون محل الابرام ايا كان هذا الشكل سواء كان دينيا أم مدنيا.

وعلى ذلك فإن زواج الأجانب المبرم فى الخارج، يعتبر صحيحا من حيث الشكل إذا استوفى الشروط الشكلية التى يستلزمها قانون دولة محل الابرام، أيا كان هذا الشكل إلا إذا كانا مسلمين فلا يكون زواجهما ، فى نظر القاضى المصرى ، سليما من ناحية الشكل إذا كان قد ابرم فى الشكل الدينى غير الإسلامى.[٢]

ثانيا : ومن ناحية أخرى ، يمكن للمصريين فى الخارج إبرام الزواج وفقا للشكل الذى يتطلبه القانون المصرى، باعتباره قانون جنسيتهم المشتركة، فلهم أولا ابرام زواجهم فى الشكل العرفى، الذى لا يقتضى أكثر من تلاقى القبول بالايجاب وحضور شاهدين أو رجل وأمراتين، كما يكون بمكنة الزوجين أن يوثقا زواجهما فى القنصلية المصرية فى الدولة التى تزوجا على إقليمها.

---

(١) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، ص ٢١٢ ، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ ، والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص ٧٩١.

(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، ص ٣٨٢.

ولهم ثانيا ، إبرام الزواج في الشكل الدبلوماسي أو القنصلي، أمام القنصلية المصرية في الدولة التي يريدون الزواج فيها. فالمادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٥ باصدار قانون نظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي تعطي الاختصاص لقناصل مصر في الخارج بتحرير عقود الزواج متى كان كلا الزوجين مصريا، أو أحدهما فقط بشرط الحصول على ترخيص أو إذن مسبق من وزير الخارجية المصرية وفي هذه الحالة يكون لهؤلاء القناصل ذات السلطات والاختصاصات المخولة للمأذونين الشرعيين في مصر.

واختصاص قناصل مصر في الخارج بابرام الزواج يشمل المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين .(١)

الفرض الثاني : زواج الاجانب في مصر :

"يكون زواج الاجانب صحيحا من حيث الشكل ، إذا إبرم وفقا لما يتطلبه شكلا القانون المحلي أي القانون المصري، أو قانون جنسيتهما أو موطنهما.

فمن ناحية ، يجوز للأجانب الزواج في الشكل الذي يتطلبه القانون المصري، باعتبار مصر هي محل الابرام .

ومن ثم يجوز للأجانب المختلفي الملة والطائفة إبرام الزواج أمام الموثق بمكاتب التوثيق حتى ولو كان أحد الطرفين فقط أجنبيا، حيث تحظر المادة ١١ من لائحة المأذونين لعام ١٩٥٥ على المأذون أن يوثق عقد الزواج اذا كان احد الطرفين غير مسلم

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢٨٣.

أو أجنبى الجنسية على ان هؤلاء الأجانب يمكنهم ابرام زواجهم فى الشكل العرفى الإسلامى بإيجاب وقبول وحضور شاهدين".[(١)]

هذا "وزواج الاجانب فى مصر فى الشكل المحلى يحتج به فى مصر دون نزاع أما الاحتجاج به فى دولة الزوجين أو فى دولة ثالثة فيتوقف على ما تقضى به قواعد الإسناد فى قانونها . والغالب أن قوانين معظم الدول تقر صحة الزواج الحاصل فى الشكل المحلى.[(٢)]

ومن ناحية أخرى، يمكن للأجانب ابرام الزواج فى الشكل المقرر فى قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم المشتركة، طالما كان ممكنا.وهم يلجأون فى الغالب إلى الشكل القنصلى أمام قنصل الدولة التى ينتمون إليها . وهنا لا إشكال إذا اتحدت جنسيتهم. أما إذا اختلفا جنسية فإن الشكل القنصلى يقتضى أن يبرم الزواج مرة أمام قنصلية أو سفارة الدولة التى ينتمى إليها الزوج ، ومرة أخرى أمام قنصلية أو سفارة الدولة التى تنتمى إليها الزوجة".

استثناء :

على أنه "إذا كان للأجانب أن يختاروا ما بين الاشكال الثلاثة المتقدمة، إلا أن ذلك مشروط بكون الطرفين فى الزواج أجنبيين ، فإذا كان أحدهما مصريا تعين اجراء الزواج فى الشكل

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، ص ٣٨٤ . ولمزيد من التفصيل انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠-٢٨١.

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٨٠-٢٨١.

المقرر فى القانون المصرى، دون الشكل الذى يقضى به قانون جنسية الطرف الأجنبى والشكل القنصلى".[١]

المطلب الثانى

آثار الزواج

متى استوفى العقد اركانه وشروط انعقاده وصحته كان نافذا وترتب عليه آثاره التى يقرها المشرع.

والقاعدة التى جرى عليها القضاء فى مصر منذ عهد القضاء المختلط هى خضوع الآثار التى تنتج عن الزواج لقانون جنسية الزوج، والعلة فى ذلك واضحة فهو من جانب رب الأسرة علاوة على أن آثار الزواج تتعلق فى اغلب الاحيان بشخصى الزوجين ومن الصعب القول باخضاعها لقانونين مختلفين[٢]، اذ يتعذر تطبيق أحدهما عندما يختلفان، ذلك أن آثار العلاقة تقتضى الوحدة فى النظام القانونى الذى يحكمها وتنفر بالضرورة من التعدد.

ومن المقرر أن تغيير الزوج لجنسيته أو ديانته لا يؤثر فى القانون الذى يحكم الزواج فى الأصل الا اذا تعلق الامر بالنظام العام - كأن غير أحد أهل الكتاب ديانته للاسلام - فيطبق قانون

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢٨٨.
(٢) أنظر:

Niboyet: op. cit., P. 360.

والدكتور حامد زكى، المرجع السابق، ص ٢٤٧، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٥٠٧.

أحوال شخصيته الجديد[١].

ولاشك أن تحديد ما يعد من آثار الزواج هو مسألة تكييف مرجعها هنا إلى قانون القاضى[٢].

وقد أخذ المشرع المصرى بهذه القاعدة حيث تنص المادة ١٣ من القانون المدنى على أن "يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج، بما فى ذلك من اثر بالنسبة للمال".[٣]

وواضح من النص أن قانون جنسية الزوج يحكم نوعين من الآثار، الآثار الشخصية والآثار المالية وهو ما نلقى عليه الضوء فيمايلى:

أولا : الآثار الشخصية للزواج :

من أبرز الآثار الشخصية حل العشرة، والمساكنة ، وحق الطاعة والقوامة للزوج، وكذلك حق الزوجة فى المعاملة الحسنة ، والحق فى النفقة، وفى المجمل فأن الآثار الشخصية هى مجموع الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين سواء كانت اثار شخصية بحتة أم كانت اثار شخصية ذات طبيعة مالية[٤].

وقد أثار الالتزام بالنفقة الزوجية خلافا فى الفقه والقضاء

---

(١) يطلق على هذه المشكلة مشكلة التنازع المتغير. أنظر الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق، ص ٢٤٧ ، والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ص ٥٠٨.

(٢) انظر حكم محكمة النقض المصرية فى ٢٦ مارس ١٩٥٣ مج الاحكام ١٩٥٣ ، ع/٢ س/٤ ص ٧٧٠ ومابعدها.

(٣) فانحاز بذلك الى مبدأ وحدة القانون الذى يحكم آثار الزواج وذلك على خلاف قوانين دول أخرى .

(٤) كالمهر والنفقة .

حول ما اذا كانت تعد من آثار الزواج أم لا ؟

ومرجع ذلك أن القانون المدنى قد تضمن قاعدة اسناد خاصة بالنفقات بين الاقارب تعتمد على اخضاعها - النفقة - لقانون المدين بها.

والراجح فى الفقه[١] والقضاء[٢] أن نفقة الزوجية التى تجب على أى من الزوجين قبل الأخر هى أثر من الآثار الشخصية للزواج وتخضع لقانون جنسية الزوج .

ومن ثم يتكفل هذا القانون "بتحديد وجوب النفقة والشخص الملتزم بها ومدتها وأسس تقديرها وجزاء الامتناع عن ادائها وتقادمها وانقضائها".[٣]

إلا أن نفقة الزوجية على النحو السابق تختلف عن النفقة الوقتية التى قد تطالب بها الزوجة اثناء طلب النفقة الزوجية أو طلب التطليق او غير ذلك فيحكم لها بها حتى يتم الفصل فى الطلب الأصلى.

فهل يخضع هذا النوع الوقتى من النفقات لقانون جنسية الزوج؟.

اختلفت الآراء فى هذه المسألة :

إذ يذهب غالبية الفقهاء فى مصر الى أن النفقة الوقتية من

---

(١) انظر الدكتور احمد مسلم ، اثر عقد الزواج بالنسبة الى المال وتكييف النفقات بين الزوجين، بحث منشور فى مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة ، ص ٥ .

(٢) استقر قضاء محكمة النقض على اعتبار نفقة الزوجية من الآثار الشخصية للزواج. أنظر نقض ١٤ يناير ١٩٥٤ مجموعة الاحكام س٥ ع/٢ ص ٤٢٦.

(٣) أنظر الدكتور فؤاد رياض، اصول تنازع القوانين ، ط ١٩٩٥، ص ٢١٧-٢١٨.

الاجراءات الوقتية التى يطلب إلى القاضى اتخاذها لاعتبارات تتعلق بعوز الخصم[١] أو أنها تتعلق باجراء مستعجل يتصل بالسلام العام والأمن المدنى الذى يجب توافره لكل من يوجد على اقليم دولة القاضى[٢]. أو أنها تخضع للقواعد المعروفة بالقواعد ذات التطبيق المباشر التى تخرج عن دائرة اعمال قواعد الإسناد التقليدية[٣]. وفى كل هذه الاحوال تخضع لقانون القاضى المصرى.

إلا أن رأيا آخر نراه جديرا بالتأييد يذهب إلى "أن النفقة الوقتية لا تشذ عن آثار الزواج الأخرى من حيث الاسناد ، فهى اثر ونتيجة لقيام رابطة الزوجية، وتستند إلى الوضع الشخصى او صفة طالبها باعتباره زوجا"[٤].

ثانيا: الآثار المالية للزواج :

يرتب الزواج آثاراً مالية تتعلق بالذمة المالية والأموال التى يمتلكها أى من الزوجين. حيث يجب تحديد المركز القانونى لتلك الذمة والأموال التى يمتلكها أى من الزوجين أثناء وبعد الزواج من حيث ملكيتها وادارتها والانتفاع بها. وهو ما ينظم فى النظم

---

(١) انظر الدكتور حسن بغدادى فى تعليقه على حكم محكمة الاسكندرية الصادر فى ١٨ مارس ١٩٥٠ المنشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة الثالثة رقم ١١ ص ٢٩. والتعليق منشور فى مجلة الحقوق السنة الرابعة ص ١٤٧ومابعدها، وانظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٤٧.

(٢) انظر الدكتور محمد كمال فهمى ، المرجع السابق، بند ٣٠٦، والدكتور احمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، ص ٣٨٧.

(٣) أنظر رأى الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥١٥.

(٤) رأى الدكتور احمد عبد الكريم فى مؤلفه علم تنازع الشرائع ، مرجع سبق ذكره، ص ٨١٤ -٨١٥،وفى اخضاعها لقانون الجنسية باعتبارها اجراء وقتى .
أنظر:

Batiffol : op. cit., no 468.

القانونية الأجنبية بما يعرف بالمشارطة المالية للزواج، وهو نظام غير معروف فى الشريعة الاسلامية ولا فى النظم التى تحكم الطوائف غير الإسلامية فى مصر.

ورغم الخلاف الفقهى حول القانون الذى يحكم هذه المسألة ذات الطبيعة المالية الناشئة فى ذات الوقت عن عقد الزواج. إلا أن المشرع قد حسم الخلاف حيث لم يفرق فى الإسناد بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج ، إذ تخضع هى الأخرى لقانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج، سواء كنا بصدد تنظيم قانونى موجود بالقانون المشار اليه أم كنا بصدد تنظيم اتفاقى اتفق عليه الزوجان.

على أن تطبيق قانون جنسية الزوج على الآثار المالية لا يخل بأن الأهلية اللازمة لأى منهما لابرام هذه المشارطة تظل خاضعة لقانون جنسية الدولة التى ينتمى اليها الزوج الذى ثار النزاع بشأن أهليته.

كما أن شكل المشارطة يظل خاضعا لأحد النظم القانونية التى حددتها المادة /٢٠ من القانون المدنى بشأن القانون واجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية .

وأخيرا فأنه يجب ألا يتعارض قانون جنسية الزوج مع الأحكام التى يتضمنها القانون الذى يحكم المال لاسيما اذا كان المال عقارا[١].

---

(١) انظر المواد ١٨،١٩ من القانون المدنى.

المطلب الثالث
انتهاء الزواج

الزواج مثله مثل كل العقود والعلاقات القانونية، يبدأ وينتهى. وقد ينقضى الزواج بطريق طبيعى لوفاة أحد الزوجين - وهذا لا يثير مشكلة إلا فيما يتعلق بآثار هذا الانقضاء من حيث الميراث أو الوصية - وقد ينتهى أيضا بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين ، الذى عادة ما يكون هو الزوج، فيما يعرف فى الشريعة الإسلامية بالطلاق[1] ، كما قد ينتهى "لا أراديا" بحكم القاضى بطلب من أحد اطرافه، الزوج أو الزوجة، كما قد ينتهى بالإنفصال الجسمانى فى بعض النظم التى تعرف نظام التحلل من الالتزام بالمعيشة المشتركة مع بقاء رابطة الزوجية قائمة.

القانون الواجب التطبيق على انتهاء الزواج :

"قرر المشرع المصرى إخضاع انقضاء الزواج لقانون واحد خلافا لما فعله بالنسبة لانعقاد الزواج . واعتد فى هذا الصدد بقانون جنسية الزوج. غير أنه فرق بين الطلاق من جهة وبين التطليق والتفريق الجسدى من جهة أخرى من حيث إعمال هذا القانون، نظرا لأن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة بينما يتوقف كل من التطليق والتفرقة الجسدية على رفع دعوى أمام القضاء"[2].

فقد نصت المادة ٢/١٣ من القانون المدنى على أن "أما

---

(١) واذا كان الأصل أن الطلاق بيد الزوج الا أنه قد يفوضها فى تطليق نفسها . أنظر الدكتور محمد كمال امام. الطلاق عند المسلمين ، دار المطبوعات الجامعية، بالاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ١٧.

(٢) الدكتور فؤاد رياض ، تنازع القوانين ، ط ١٩٩٤ ،مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٨.

الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

ويرجع البعض اتجاه المشرع إلى الأخذ بقانون جنسية الزوج على النحو الذى سبق أن طبقه بشأن آثار الزواج إلى رغبته فى توحيد القانون الواجب التطبيق على المشكلات التى تثور بعد إنشاء الزواج أو إلى أعتبار أن حل رابطة الزوجية هى نوع من الآثار النهائية لرابطة الزوجية ومن ثم اتبع نفس القاعدة التى وضعها بشأن آثار الزواج(١).

ولم تسلم هذه القاعدة من النقد، إذ قد يترتب على تطبيقها خضوع انتهاء الزواج لقانون ربما لم يكن معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج، بل وغير متوقع من أى منهما . إذ قد يغير الزوج من جنسيته بعد الزواج ومن ثم تفاجئ الزوجة بتطبيق قانون يسمح للزوج بحل رابطة الزوجية بالطلاق بينما لم يكن قانون جنسيته وقت الزواج يسمح به(٢)، وعليه فكان أولى بالمشرع أن يخضع أنقضاء الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الزواج باعتباره القانون الذى كان معلوما ومتوقعا من الزوجين وقت إنشاء العلاقة.

ورغم ما وجه إلى مسلك المشرع من نقد إلا أن البعض يؤيد الاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، إذ فى ذلك الوقت

---

(١) أنظر الدكتور احمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع ، ص ٨٣٤.
(٢) انظر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠ ، ص ٣٤٤ ، وهو رأى للدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩.

يتحدد عنصر الحالة بالنسبة للزوج[١].

ولا خلاف بين ما اتبعه المشرع المصرى من إسناد انتهاء الزواج للقانون الشخصى وبين ما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية. إذ عند التقاضى بين الحربيين أو المستأمنين أمام القاضى فى الدولة الإسلامية بشأن قابلية زواج غير المسلمين للانحلال يجب أن يرجع إلى الشريعة الخاصة بهم، فإن كانت شريعتهم تسمح بانهاء الزواج قضى بذلك[٢].

وعلى ذلك فإن أسلم "الحربى" الأجنبى وامرأته، وقد كان نكاحهما بعد أن طلقها ثلاثا قبل أن تنكح زوجاً آخر فرق بينهما، لأن التطليقات الثلاث تقع فى "دار الحرب" كما فى دار الإسلام، فإنهم يعتقدون ذلك، وهى سبب حرمة المحل...."[٣].

أما إذا كانوا لا يعتقدون وقوع الطلاق ولا نفوذه فأن إيقاع الطلاق هنا لا يصح، على أرجح الأقوال، ذلك أننا نقرهم على ما يعتقدون فى صحته من العقود، فإذا لم يعتقدوا نفوذ الطلاق فهم يعتقدون بقاء النكاح فيقرون على ذلك وإن أسلموا".[٤]

إلا أن الخلاف يظهر بين اتجاه المشرع الوضعى وغالب فقهاء الشريعة فى أن الرجوع إلى القانون أو الشريعة الخاصة

---

(١) انظر الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق ، ص ٤٣٣.
(٢) أنظر احكام أهل الذمة: لأبن قيم الجوزية طبعة دار العلم للملايين ببيروت، ١٩٨٣م، ص ٣٠٩، ٣١٠ حيث يقول "فلا يخلو إما أن يعتقد (غير المسلم) نفوذ الطلاق أو لا يعتقده، فإن اعتقده نفذ طلاقه، ولم يكن الإسلام شرطا فى نفوذه، هذا مذهب أحمد والشافعى وأبى حنيفة وأصحابه".
(٣) انظر المبسوط، المرجع السابق، جـ/٥ ص ٥٦.
(٤) انظر أحكام أهل الذمة، المرجع السابق، ص ٣١٦.

بالأجنبى غير المسلم يقتصر على بحث مسألة قابلية أو عدم قابلية الزواج للإنحلال من حيث المبدأ، فإن تبين للقاضى حكم هذه المسألة تعين عليه الرجوع إلى تطبيق القانون الوطنى أى الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بكيفية ايقاع الطلاق وعدد مرات الطلاق وما يتعلق بالمراجعة والخلع والإيلاء والظهار واللعان(١).

نطاق إعمال قانون جنسية الزوج :

للطلاق أو التطليق أو الانفصال أسباب ، ويترتب عليه آثار.

فيدخل فى مجال تطبيق قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى فى شأن التطليق والانفصال ، تحديد أسباب الطلاق والتطليق والانفصال، وكذلك الشروط الموضوعية لصحة إيقاع الطلاق. وكذلك كافة المسائل الموضوعية التى تتعلق بإثبات الوقائع التى يستند إليها سبب الطلاق أو التطليق أو الانفصال ، سواء فيما يخص محل الإثبات أو عبئه والأدلة المقبولة فى الإثبات والقوة الثبوتية للأدلة المهيأة أو غير المهيأة(٢) .

---

(١) انظر المبسوط، المرجع السابق، جـ/٥ ص ٤١، ٤٢ ، وشرح فتح القدير، على متن الهداية شرح بداية المبتدى للإمام ابن الهمام، ط البابى الحلبى ١٣٨٩هـ ١٩٧٠م. جـ/٣ ص ٤١٧، والأم المرجع السابق، جـ/٥ ص ٥٧ حيث يقول "وإذا تحاكموا الينا وقد طلقها ثلاثا أو واحدة أو آلى منها، أو تظاهر ، أو قذفها، حكمنا عليه حكمنا على المسلم عنده المسلمة والزمناه ما يلزم المسلم ....".

(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، اصول المرافعات المدنية الدولية ، ط ١٩٨٤ بند ٢٩٢ ومابعده.

ويقصد بالأدلة أو الطرق المهيأة : تلك التى أعدها صاحب الشأن مقدما لاثبات حقه فى حالة المنازعة فيه. وتتمثل عادة فى الكتابة التى تسمى فى هذه الحالة سندا (acte) لأنها أعدت لتكون دليلا يستند اليه عند قيام النزاع . كما يقصد بالأدلة أو الطرق غير المهيأة : تلك التى لا تهيأ مقدما. بل تتهيأ وقت قيام النزاع فى الحق

إلا أن خضوع الشروط الموضوعية التى تتعلق بإثبات الطلاق لقانون جنسية الزوج لا يعنى إخضاع إجراءات التقاضى لهذا القانون، إذ تخضع لقانون القاضى الذى ينظر فى النزاع.(١)

وبصفة عامة يدخل فى مجال تطبيق قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق والانفصال كافة الآثار التى تترتب على الطلاق والتطليق والانفصال كنفقة الزوجة المطلقة أو المنفصلة، والتعويض الذى تستحقه إذا كان هناك خطأ فى جانب الزوج يستوجب اصلاحه، وحقها فى الأحتفاظ باسم زوجها بعد انتهاء الزواج. ويسرى قانون الزوج وقت رفع الدعوى على آثار الانفصال كنفقة الزوجة المنفصلة وتحديد فترة الانفصال إلى الطلاق .

بينما لا يدخل فى مجال تطبيق هذا القانون الآثار التى تتصل بحالة الزوج أو الزوجة كل على حدة بعد الطلاق أو التطليق أو الانفصال، فهى تخضع للقانون الشخصى أى قانون جنسية كل طرف على حدة . فقانون الدولة التى تنتمى إليها الزوجة المطلقة هو الذى يحدد إمكانية زواجها بزوج آخر، وإمكانية استرداد الاسم الذى كانت تحمله قبل الزواج. وكذلك يخضع لقانون جنسية الزوج ما إذا كان بإمكانه الزواج مرة أخرى.

المراد اثباته . وكل طرق الاثبات فيما عدا الكتابة تكون عادة طرقا غير مهيأة. (شهادة الشهود والقرائن .... الخ).
أنظر فى تفصيلات تقسيم طرق الاثبات . الدكتور عبد الرازق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى . الجزء الثانى نظرية الالتزام بوجه عام . المجلد الأول . الاثبات . دار النهضة العربية . ط ١٩٨٢ ص ١٣٤ ومابعدها ولا سيما بند ٦٢ ص ١٣٥-١٣٦.

(١) أنظر نقض ١٩٥٣/٦/٣٠ مج الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - السنة الرابعة ص ١٢٦٣.

انقضاء الزوجية والنظام العام:

لا يكاد يوجد من مسائل الأحوال الشخصية حالة تنعكس فيها القواعد الدينية انعكاس الصورة فى المرآة أكثر من حالة الزواج وطرق انحلاله [١].

ومن ثم تلعب فكرة النظام العام دوراً هاماً وأساسياً فى مجال حل رابطة الزوجية، حيث يتم استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق بحجة أن هذا القانون يخالف المبادئ الأساسية لمجتمع الدولة، وتنبع الخطورة فى هذا الشأن من أن المبادئ المذكورة مبادئ متغيرة بطبيعتها بتغير المفاهيم والقيم الأخلاقية والقانونية فى كل دولة من الدول التى تطبق القوانين الوضعية، إضافة إلى أن قوانين بعض الدول تقر طرقاً لانحلال رابطة الزوجية قد تنكرها أنظمة قانونية أخرى، كما هو الشأن فيما يتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة المعروف فى البلاد الإسلامية وتجهله قوانين الدول الأوربية. كما أن من النظم القانونية ما يتوسع فى أسباب التطليق ، فى حين أن منها ما يضيق من هذه الاسباب.

فإذا رجعنا إلى الوضع السائد فى دولة أوربية مثل فرنسا لوجدنا اختلافاً فى تطبيقات الدفع بالنظام العام قبل إصدار قانون ١١ يوليه ١٩٧٥ ، الذى عدل عن الموقف التشريعى المتشدد بشأن حظر التطليق ، عنه بعد صدور هذا القانون.

إذ كان يعتبر مما يخالف النظام العام القانون الأجنبى الذى

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، علم تنازع الشرائع، المرجع السابق ، ص ٨٥٥.

يتوسع فى أسباب التطليق كذلك الذى يعترف للزوجين بالتطليق بالرضا المتبادل أو الذى يعترف للزوج بالحق فى الطلاق بالإرادة المنفردة (كالشريعة الإسلامية) ، وكذلك القانون الذى يعتبر عدم المعيشـــة المشتركة سببا من أسباب الطلاق (كالقانون الالمانى)(١) ، إلا أن الوضع تغير(٢) بعد صدور قانون ١١ يوليو سنة ١٩٧٥ إذ لم تعد الحالة الأخيرة مخالفة للنظام العام بعد أن أقرها المشرع وإن تشدد فى شروطها حيث اشترط مضى ست سنوات على انقطاع الحياة المشتركة.(٣)

وجدير بالملاحظة أن الحظر الذى كان سائدا بشأن الطلاق والتطليق لم يمنع المحاكم الفرنسية من إعمال فكرة الأثر المخفف للدفع بالنظام العام بالنسبة للطلاق والتطليق الذى يقع خارج فرنسا، حيث تترتب عليه آثاره، كتقرير نفقة للمطلقة والحكم لها بالحضانة أو بالحق فى الزواج من رجل آخر.(٤)

وإذا كان هذا هو الوضع السائد فى الدول الغربية فإن الوضع فى مصر والبلاد الإسلامية أقل تقلبا نظرا لتطبيق أغلبها

---

(١) انظر حكم محكمة النقض فى ١٩٧٧/١١/٨ منشور فى :
Rev. Crit. Dr. nt. Pr., 1980, P. 91, note Lexendre.

(٢) انظر الحكم الصادر فى ١٩٥٤/٢/٣ منشور فى :
Rev, Crit. Dr. int. pr., 1955, P. 308.

(٣) فى عرض موقف المشرع الفرنسى بالتفصيل . انظر مريم الجوفى، القانون الواجب التطبيق على الزواج فى القانون الوضعى والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٥٢ ومابعدها، وكذلك فى الفقه الفرنسى:
Lerbours- Pigeonniere et Loussouarn: Droit international Privé, 8em ed. P. 52.

(٤) انظر حكم محكمة استئناف باريس فى ٢٦ يناير ١٩٧٨ منشور فى :
Rev. crit. Dr. int. pr., P. 111 note Holleaux.

للشريعة الإسلامية بما تتضمنه من ضوابط أكثر وضوحا واستقرارا فيما يتعلق بالدفع بالنظام العام. حيث يركز القضاء عند بحث مشكلات انقضاء رابطة الزوجية على تحديد ديانة الأطراف فإن كان أحدهما مسلما وجبت حماية حقوق المسلم ولو كان كل الأطراف من الأجانب.

وعلى ذلك تستبعد القوانين الأجنبية التى تقضى مثلا بحرمان الزوج المسلم من حقه فى الطلاق مطلقا[١] أو من حقه فى الطلاق بالإرادة المنفردة.

فقد قضى بترتيب الأثر الكامل للدفع بالنظام العام فى مواجهة القانون الأجنبى الذى يحظر الطلاق بالإرادة المنفردة على الأجنبى حتى بعد إسلامه[٢].

كما قضى باستبعاد القانون الأجنبى الذى يسمح بإنهاء رابطة الزوجية لتغيير الزوج لدينه إلى الإسلام لمخالفة حق المسلم فى الزواج بالكتابية.

وقضى أيضا باستبعاد أحكام القانون الأجنبى الذى لا يبيح إنهاء رابطة الزوجية بسبب دخول الزوجة فى الإسلام إذا ظل زوجها كتابيا، ذلك أن استمرار قيام حالة الزوجية بين المسلمة

---

(١) انظر حكم محكمة الاسكندرية للأحوال الشخصية بجلسة ١٩٥١/٤/٩ منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولى ، سنة ١٩٥١،ص ١٩٤.

(٢) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٢ يونيو ١٩٥٢ مجلة المحاماة، ١٩٥٢ ، ص ٩٠٠، وانظر سيف النصر زكى، الأحوال الشخصية للأجانب ومدى خضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثانية، ١٩٤٩- ١٩٥٠، ص ٢٨.

وغير المسلم يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.(١)

وقضى باستبعاد القانون التركى الذى يفرض على الزوج المسلم اللجوء إلى المحكمة للحصول على حكم بالتطليق لمخالفة ذلك للشريعة الإسلامية التى لم تشترط اللجوء لأية سلطة كانت فى الطلاق بالإرادة المنفردة.

قضى كذلك ببطلان الزواج فى قضية صالحة هانم بعد استبعاد القانونين الانجليزى والتركى (قانون كلا الزوجين) لمخالفتهما النظام العام حيث يسمحان بزواج المسلمة بغير المسلم.

كما اعتبر مخالفا للنظام العام القانون الأجنبى الذى لا ينظم أى وسيلة لانحلال الزواج.(٢)

المطلب الرابع
الاستثناء المقرر لصالح القانون المصرى
فى شأن نظام الزواج

إذا كانت القاعدة التى أوردتها المادة ٢/١٣ هى خضوع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق ، وخضوع التطليق والتفريق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، فإن هذه القاعدة

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٣ فبراير ١٩٥١، حيث قضت باستبعاد القانون اليونانى وتطليق زوجة يونانية من زوجها اليونانى وفقا للقانون المصرى لاعتناقها الإسلام.

(٢) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلط فى ١٩١٣/٦/١١ معروض فى مؤلف الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق ص ٤٣٩، وانظر رسالة :
A.K. El Geddawoy: Relations entre systemes Confessionnels et Laïques en droit international privé, Dalloz, 1971, P. 153.

ليست مطلقة ، تطبق فى كل الاحوال، فقد اتجه المشرع المصرى إلى اتباع ما جرى عليه العمل فى القضاء الفرنسى عندما يثبت تمتع أحد الزوجين بالجنسية الوطنية وقت الزواج حيث كان يرجح القانون الفرنسى[١] ، ومن ثم نص على استثناء لصالح تطبيق القانون المصرى فى الحالة التى يتبين فيها أن أحد الزوجين كان مصريا[٢] وقت انعقاد الزواج .

وقد نصت على ذلك صراحة المادة/١٤ مدنى حيث تقرر أنه "فى الاحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين أنه إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

---

(١) انظر حكمها فى قضية "De Ferrari":

Cour de Cass. (Ch. Civ.) 6 Juillet 1922 Rev. dr. int. 1922, 444, Rapport Colin, notes pillet, Clunet, 1922, 714,.

وتخلص وقائعها فى أن احدى الفرنسيات تزوجت من الايطالى DeFerrari عام ١٨٩٣ حيث تجنست بالجنسية الايطالية وفقدت الجنسية الفرنسية وبعد ست سنوات اتفق على الانفصال الجسمانى وفقا للقانون الايطالى الذى كان يحظر التطليق أنذاك وقانون الجنسية المشتركة وعند عرض الأمر على المحاكم الفرنسية قضت بوجوب تطبيق القانون الفرنسى باعتباره قانون جنسية الزوجة وقت الزواج.

وفى تأثير الجنسية الفرنسية على حلول تنازع القوانين فى مسائل الأحوال الشخصية انظر:

Delaum: L'influnence de la nationalité Français sur la solution des conflits de lois en matiére de droit des personnés". Rev. Crit. 1949, 5 et s.

(٢) يلاحظ هنا أنه لو تبين للقاضى ان الزوج لم يكن مصريا وقت انعقاد الزواج ثم صار مصريا بعد ذلك فأنه سيطبق القانون المصرى استنادا إلى نص المادة ٢/١٣ ، أى أنه يرجع للقاعدة العامة دون حاجة للرجوع للاستثناء المشار اليه بالمتن

نطاق تطبيق الاستثناء:

واضح من النص السابق أن الاستثناء المقرر لصالح القانون المصرى قد جاء عاما بحيث يسرى على كل مراحل الزواج . إذ يستبعد القانون الأجنبى ويطبق القانون المصرى وحده عند البحث فى الشروط الموضوعية اللازمة لابرام الزواج طالما كان أحد الزوجين مصريا وقت الزواج .

وعلى ذلك فإذا كان كل منهما اجنبيا عند ابرام الزواج ثم اكتسب احدهما الجنسية المصرية فإن ذلك لا يؤثر على القانون الواجب التطبيق، حيث يظل هو القانون الأجنبى. إذ العبرة بوقت ابرام الزواج.

كما يمتد نطاق هذا الاستثناء ليشمل آثار الزواج . "والواقع أن جدوى هذا الاستثناء لا تظهر إلا فى الأحوال التى تكون الزوجة فيها مصرية وقت الزواج. أما لو كان الزوج هو الذى يتمتع بالجنسية المصرية وقت الزواج فإن القانون المصرى ينطبق على آثار الزواج بمقتضى الضابط العام فى الاسناد الوارد بالمادة ٢/١٣ ، ودون حاجة الى الاستثناء المقرر فى المادة ١٤".[١]

وأخيرا يتسع نطاق هذا الاستثناء لكى يطبق القانون المصرى على الطلاق والتطليق والانفصال متى كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج بصرف النظر عن جنسية الزوج وقت

---

(١) أنظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ٥٦٢ ، والدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩٦.

الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال[١] .

مدى تعلق نص المادة / ١٤ مدنى بالنظام العام فى مصر :

كما انتقد الفقهاء فى فرنسا اتجاه المحاكم إلى إعمال نفس الاستثناء انتقد الفقهاء فى مصر الاستثناء الوارد بالمادة / ١٤ للنتائج الغريبة التى يؤدى إليها ، حيث يؤدى مثلا الى أن يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين وطنيا عند انعقاد الزواج ، ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك. بينما لا ينطبق هذا القانون إذا كان أحد الزوجين أجنبيا واكتسب الجنسية المصرية بعد انعقاد الزواج؟[٢] كما يؤدى فى حالة طلب الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسمانى إلى أن يكون القانون المصرى هو واجب التطبيق على الطلاق أو التطليق أو الانفصال على الرغم من أن الزوجين أجنبيين فى حين أنه لا يوجد

---

(١) راجع فى تطبيق هذا الاستثناء فى دعاوى اثبات الطلاق وطلب التطليق أحكام محكمة القاهرة الابتدائية دائرة الاحوال الشخصية أجانب بجلسة ١٩٩٨/١١/٢٨ فى الدعاوى أرقام ١٢٧ لسنة ١٩٩٨ بشأن دعوى مرفوعة من زوجة مصرية ضد زوجها السودانى الجنسية ، ٩١ لسنة ١٩٩٨ بشأن دعوى مصرية ضد زوجها السورى الجنسية.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١٢٨، والدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٣٣٢، والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٥٦٢.

وفى إنتقاد الحل المماثل فى القضاء الفرنسى انظر حكم "Riviére C. Roumiantzeff":

Cour de Cas. (Ch. Civ., 1re sect) 17 Avril 1953, Rev. Crit. 1953, 412 note Batiffol, Clunet 1953, 860, note. Plaisant.

حيث طبقت محكمة الاستئناف قانون الموطن المشترك فى دعوى طلاق بين زوجين من جنسيتين مختلفتين وهو ما أكدت عليه فى حكمها بشأن تنفيذ حكم بالتطليق بين "فرنسية" و"بولونى" فى قضية "Lewandowski":

Cass. Civ. 15 Mars, 1955, Rev. Crit., 1955, 320 note Batiffol.

ما يبرر تطبيقه، إذا ما كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج[١].

إلا أن تغيير موقف محكمة النقض الفرنسية فى قضية Riviere عام ١٩٥٣ لم يؤثر على قضاء النقض فى مصر فقد تعرضت محكمة النقض المصرية لنص المادة م١٤ مرتين حيث قضت فى المرة الأولى بأن "نص المادة /١٤ من القانون المدنى أمر يتعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى".[٢]

وقضت فى المرة الثانية فى حكم حديث لها بشأن رفض تنفيذ حكم صادر من محكمة كاليفورنيا العليا بمقاطعة لوس انجليوس الأمريكية[٣] بأن "النص فى المادة ١٣ من القانون المدنى على أن "يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من اثر بالنسبة إلى المال . أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى"، وفى المادة ١٤ على أنه "فى الاحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، يسرى القانون المصرى وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج". مفاده أنه متى كان الزوج مصريا وقت رفع الدعوى خضع التطليق والانفصال للقانون المصرى، وكان من المقرر أن نص المادة ١٤

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣١٨.
(٢) انظر حكم النقض الصادر بجلسة ١٩٦٠/١١/١٧ احكام النقض السنة ١١ ص ٥٨٣.
(٣) فى الدعوى رقم ١٧٢-٨٠٨ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٩.

المشار إليها نص آمر متعلق بالنظام العام ، وكان عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا لا يتأثر بما يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص. وكان البين من الأوراق أن الطاعنة والمطعون ضده من المصريين ويتمتعان بالجنسية المصرية رغم حصولهما على الجنسية الأمريكية فإنه يتعين تطبيق أحكام القانون المصرى على وقائع النزاع ولو عرض الأمر على محكمة أجنبية بحكم الاختصاص الدولى للمحاكم" ومن ثم انتهت المحكمة إلى أنه "وإذا ما صدر حكم يخالف ذلك فإنه يمتنع على القاضى المصرى الأمر بتنفيذه".(١)

المبحث الثالث
النسب والنفقات

يقول الحق سبحانه وتعالى "والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من ازواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات" فبين أن من أهم أهداف الزواج ايجاد الذرية التى تنتسب إلى الأب والأم ، وبالتبعية لاقارب كل منهما.

ومن الآثار الهامة التى تترتب على النسب ، الالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار فى بعض الحالات ، وقد يكون ذلك فى علاقة من العلاقات ذات الطابع الدولى مما يثير التساؤل عن

---

(١) حكم النقض الصادر فى الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦١ق والطعن رقم ١٠٦ لسنة ٦٢ق بجلسة ١٩٩٣/٥/٢٥ مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - الدوائر المدنية والتجارية والاحوال الشخصية. السنة ٤٤ الجزء الثانى . القاعدة رقم ٢٢٣ ص ٥٢٨.

القانون الواجب التطبيق لاثبات هذا النسب وما يترتب عليه من آثار. وهو ما نفصله على النحو الآتى:

المطلب الأول
النسب أو "البنوة"

لاشك فى أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق لتحديد قواعد ثبوت النسب وطبيعة القرابة المدعى بها ، وطرق الإثبات التى تجوز فى هذا الموضوع والآثار التى تترتب على هذا الثبوت .

ولما كانت هذه المسائل تتعلق بحالة الشخص فإنها تعد من الأحوال الشخصية ومن ثم يغلب أن يحكمها القانون الشخصى لواحد من أطرافها، الوالد المراد الانتساب إليه أو الصغير المراد إثبات نسبه. وهو ما تختلف فيه القوانين اختلافا كبيرا وتزداد صعوبته كلما كان أطراف النزاع من جنسيات أو اديان مختلفة أو كلما غيروا جنسيتهم فيما بين يوم الحمل أو الولادة واليوم الذى ترفع فيه الدعوى بخصوص البنوة أو الأبوة.

ورغم هذه الصعوبات والأهمية الكبيرة التى لهذه المسألة إلا أن المشرع المصرى لم يضمن القانون المدنى قاعدة إسناد خاصة تبين القانون الواجب التطبيق على البنوة . وهو ما كان محل انتقاد إذ "كان يجدر بالمشرع أن يضع قاعدة لحل تنازع القوانين حتى لا يدع مجالا لاختلاف الفقه وتردد القضاء ، لاسيما وأنه قد عالج القانون واجب التطبيق على مسائل الزواج مع أنه لا وجود للبنوة بغير الزواج"[١].

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩٨ . والحقيقة أن المشرع سار على ما كان عليه الأمر قبل

ويفرق الفقهاء [(١)] بين البنوة الشرعية وغيرها:

أولا : البنوة الشرعية:

ويقصد بالبنوة الشرعية نسبة الولد لابويه نتيجة لعقد زواجهما الصحيح شرعا .

ولا تظهر مشكلة إذا اتحدت جنسية الصغير المراد اثبات نسبه مع جنسية من يراد اثبات الانتساب اليه من الوالدين ، اذ لا جدال فى أن القانون واجب التطبيق فى هذه الحالة هو قانون جنسيتهما المشتركة. غير أن المشكلة تظهر إذا اختلفت جنسية كل منهما وهنا نحتاج إلى تفضيل قانون على آخر.

وإذ لا يوجد نص نرى أن نعرض للاتجاهات التشريعية والفقهية:

إذ بينما نظمت بعض التشريعات هذه المسألة بترجيح إخضاع البنوة الشرعية لقانون جنسية الابن بصرف النظر عن جنسية الوالد المراد الانتساب إليه[(٢)]. باعتبار أن البنوة صفة فى

صدور القانون المدنى الحالى حيث كان الأمر متروك للقاضى فى محاكم الاحوال الشخصية. أنظر الدكتور عبد الحميد ابو هيف، المرجع السابق ، ص ٥٢٢.

(١) انظر الدكتور عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، والدكتور فؤاد رياض، تنازع القوانين ، ط ١٩٩٤ ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٤٥ ، والدكتور احمد عبد الكريم، علم تنازع الشرائع، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٧١ .

(٢) من ذلك القانون الدولى الخاص التشيكوسلوفاكى الصادر سنة ١٩٦٣ والقانون الدولى الخاص البولونى الصادر سنة ١٩٦٥ انظر فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله ، تنازع القوانين فى التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية. مصر المعاصر يوليو ١٩٧١ بند ٢٨ ، وراجع المادة ٢١ من القانون الدولى الخاص الذى كان ساريا فى المانيا الشرقية منذ ١٩٧٥/١٢/٥، والمادة ١/٤٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩.

الشخص وتشكل جزءا من حالته ، علاوة على أنه الطرف الضعيف فى العلاقة.

رجحت تشريعات أخرى النص على تطبيق القانون الأصلح لمصلحة الأبن [١].

وعلى خلاف الاتجاه التشريعى الاخير ذهب البعض إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب اليه سواء كان الأب أو الأم[٢]. وعلل رأيه بأن لائحة تنظيم المحاكم المختلطة ، والقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ قد تضمنا النص على أن المسائل المتعلقة بالبنوة يطبق بشأنها قانون جنسية الأب[٣].

هذا بالاضافة الى أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى الخاص كان قد تضمن النص على ذات القاعدة[٤]. وأخيرا فقد نصت المادة ١/٩٠٥ من قانون المرافعات - الملغى - الصادر سنة ١٩٤٩ على أن "ترفع الدعوى باثبات النسب وفقا للأحكام والشروط وفى المواعيد التى نص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع فى اثباتها القواعد التى يقررها القانون المذكور". وهو قول منتقد ذلك أن نص المادة ١/٩٠٥ المشار إليها إنما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات

(١) مثل المادة ٢١ من القانون الدولى الخاص النمساوى السارى منذ اول يناير ١٩٧٩.

(٢) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٣٦.

(٣) أنظر الدكتور محمد عبد المنعم رياض ، مبادىء القانون الدولى الخاص ، ص ٤٠٨.

(٤) انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

المشار إليها إنما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات دون الموضوع وما نص المشرع عليها إلا لأنها تضمنت خروجا على القاعدة العامة بالنسبة للإجراءات والتى تقضى بخضوع الاجراءات لقانون القاضى.

ومع ذلك فإننا نرجح القول بأن القانون الواجب التطبيق لا يخرج عن أن يكون قانون جنسية الأب وقت الزواج باعتبار أن النسب الشرعى لا يتصور فيه الانتساب الى أحد الوالدين دون الآخر لمجرد أن الدعوى رفعت ضد واحد فقط منهما[١]. فالنسب الشرعى لا يخرج عن أن يكون اثرا من آثار الزواج ومن ثم يخضع للقاعدة التى تضمنتها المادة ٢/١٣ من القانون المدنى.[٢]

ثانيا : البنوة غير الشرعية أو الطبيعية :

وهى تلك التى تنشأ عن علاقة غير مشروعة بين الوالدين. وإذا كان اثبات البنوة الشرعية لأحد الوالدين هو فى ذاته اثبات للبنوة للوالد الآخر فأن الأمر غير ذلك بشأن البنوة الطبيعية إذ قد تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر .

وقد اختلف الفقه والقضاء فى تحديد القانون الواجب التطبيق على البنوة غير الشرعية :

---

(١) انظر المرجع السابق ، ص ٢٤٩.

(٢) وهو رأى الدكتور حامد زكى ، المرجع السابق ص ٢٧٨ ، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ٣٢٤ ، وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، الجزء الأول ص ٢٦٠-٢٦١ بشأن المادة ٣١ من مشروع القانون المدنى.

اذ ذهب فريق منهم إلى ترجيح تطبيق قانون جنسية الولد[١] وسندهم فى ذلك اعتبارين :

الأول: أن الأمر يتعلق بحماية الولد واثبات مدى حقه فى النفقة اللازمة لاستمرار حياته.

والثانى : أن البنوة الطبيعية تتصل بحالة الولد والقاعدة أن القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص هو قانون جنسيته .

وعلى العكس ذهب فريق آخر إلى ترجيح تطبيق قانون جنسية الوالد المراد اثبات الانتساب إليه لاعتبارين مهمين :

الأول: أن المقصود بالبنوة الطبيعية أولا وأخيرا هو ربط الولد بوالده قانونا ، مما يرتب عدة التزامات على عاتق الوالد أهمها التزامه بالنفقة على الولد. **والثانى :** أن الأمر هنا يتعلق بحالة الوالد الذى سيوصف بوصف الأب مع ما يترتب على ذلك من آثار، وهو ما يقتضى تطبيق قانون جنسية هذا الأخير[٢]. "اذ ليس من المقبول ادخال تغيير على حالة الشخص اذا كان قانونه الشخصى لا يوافق على هذا التغيير".[٣]

---

(١) انظر الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ٢٦١-٢٦٧ فيما يتعلق بالمادة ٣٢ من مشروع القانون

(٢) انظر نيبوابيه ، المرجع السابق ، بند ٥٨٢ وباتيفول ، المرجع السابق ، ط ١٩٦٧ بند ٤٦١ ، وفى الفقه المصرى أنظر الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨ ، والدكتور فؤاد رياض ، اصول .... ص ٢٤٢ و ٢٤٥.

(٣) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، وانظر الدكتور هشام صادق ، ص ٥٧٩ ، وانظر رأى الدكتور جابر جاد عبد الرحمن فى مؤلفه تنازع القوانين ، ط ١٩٥٦ بند ١٢٥ حيث يؤسس الرأى المشار اليه بالمتن على سند من المادة ٩٠٥ من قانون المرافعات ، انظر بند ١٢٥.

ثالثا : بنوة التبنـــى :

التبنـى هـو استلحاق شـخص معروف النسب إلـى أب ، أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذ ولداً وليس بولد حقيقى .

فالتبنى تصرف قانونى منشئ لنسب يختلف فى أحكامه عن النسب الحقيقى ، اذ لا يثبت بنوة حقيقية كالبنوة التى تترتب على الاقرار بالنسب ، إنما يثبت بنوة ثابتة بحكم القانون ، تترتب عليها أحكام تختلف عن أحكام البنوة الحقيقية[١]. وقد أبطل المشرع الحكيم نظام التبنى[٢] ، صيانة لحقوق الأولاد ، ومحافظة عليهم من الضياع ، وابتعاداً بالناس من تزييف الحقائق ، الا أن التبنى ما يزال نظاماً معروفاً فى الدول غير الاسلامية[٣].

ولم يبين المشرع المصرى ضابطا للاسناد فى هذه الحالة أيضا مما أدى إلى الاختلاف حول تحديد القانون واجب التطبيق على المسائل المتعلقة بصحة التبنى وآثاره[٤].

---

(١) يختلف التبنى عن الإقرار بالبنوة ، لأن الاقرار اعتراف بنسبة حقيقية لشخص مجهول ، ويثبت منه للولد شرعا جميع أحكام البنوة . أنظر فى تفصيل ذلك الدكتور بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة (الزواج والطلاق) ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٣٨٦هـ ، ص ٥٨٣ ومابعدها.

(٢) انظر سورة الأحزاب ، الآيتان ٤ ، ٥ .

(٣) انظر حسن الاشمونى ومحمد عبد الكريم ، القضاء فى تشريعات الاحوال الشخصية للأجانب ، ص ٢١٨ ، والأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية للشيخ عبد الكريم رضا الحلبى ، ص ٩١.

(٤) رغم أن المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو لعام ١٩٣٧ - والتى تعد المصدر الرئيسى لقواعد تنازع القوانين التى تضمنها القانون المدنى الحالى - كانت تنص على أن "يرجع فى المسائل المتعلقة بصحة التبنى الى قانون بلد المتبنى، وفى المسائل المتعلقة بآثار التبنى إلى قانون بلد المتبنى .

وقد كانت المادة ٣٤ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على أن "يسرى قانون كل من المتبنى والمتبنى على المسائل الخاصة بصحة التبنى . أما الآثار التى تترتب على التبنى فيسرى عليها قانون المتبنى".

وكان قد ورد بالمذكرة الايضاحية فى تبرير هذا النص أنه "... قد روعى فى ذلك أن التبنى تصرف من نوع خاص فيجب أن ينعقد صحيحا وفقا لقانون كل من الطرفين .... بيد أن آثار التبنى لا يمكن أن تخضع إلا لقانون واحد وقد أثر المشروع قانون المتبنى".

غير أن هذا النص لم ير النور اذ حذفته لجنة المراجعة بمجلس الشيوخ مبررة هذا بأن هذه المادة "تعالج نظاماً لا يعرفه القانون المصرى"..... وان اللجنة راعت فى ذلك "أن القواعد العامة فى القانون الدولى الخاص تغنى عند التطبيق عن إيراد مثل هذه المادة".[١]

وقد انتقد الفقه هذا الموقف السلبى من المشرع إذ ان التبرير الذى قدمته اللجنة تبرير غير مستساغ، ذلك أنها سبق وأن وافقت على قاعدة الاسناد الخاصة بالنظام المالى للزواج رغم أنه نظام غير معروف فى القانون المصرى ، فضلا عن أن أساس وضع قواعد الاسناد يقوم على اختلاف الأنظمة فى القوانين المختلفة[٢]. هذا علاوة على أن القول بأن القانون المصرى لا

---

(١) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جزء أول ، ص ٢٦٦ ومابعدها .

(٢) انظر الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ، ص ٣٩٣ هامش (٢). والدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص ٣٣٢.

يعرف نظام التبنى ، قول فيه تجاوز ، حيث أن بعض الطوائف الدينية المصرية غير الإسلامية ، تعرف ذلك النظام ، كالشريعة الارثوذكسية [١].

ويتجه رأى فى الفقه المصرى إلى وجوب إعمال حكم المادة ٣٤ المشار اليها فيما يتعلق بنشأة التبنى، لاسيما وأن المشرع عاد فنظم اجراءات التبنى بنص المادة ٩١١ من قانون المرافعات ، التى تلزم رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن أحد الطرفين بالتحقق من توفر الشروط والأحكام التى ينص عليها قانونا بلد الشخص الذى يريد التبنى وبلد الشخص المراد تبنيه[٢].

أما الشروط الشكلية اللازمة لصحة التبنى ، باعتباره تصرف قانونيا، فهى تخضع لنص المادة ٢٠ من القانون المدنى التى تتضمن القاعدة العامة لتنازع القوانين فيما يتعلق بشكل التصرفات القانونية[٣].

أما فيما يتعلق بآثار التبنى فقد اختلف الرأى بشأنها:

فقد ذهب البعض إلى ترجيح إخضاع آثار التبنى لقانون كل من الطرفين أسوة بشروط نشأته[٤]. بينما ذهب آخرون إلى ترجيح

---

(١) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، علم تنازع .... ، مرجع سبق ذكره ، ص ٩٠٢.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص ٣٣٣ ، والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق، ص ٥٨٢ ، والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص ٩٠٢.

(٣) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٣٢ ، والدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٤٤ ، والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق، ص ٥٨٣.

(٤) انظر الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ، ص ٣٩٦.

تطبيق قانون واحد فقط على هذه الآثار أسوة بآثار الزواج، الا أنهم اختلفوا ما بين مرجح لتطبيق قانون الطفل المتبنى باعتبار أن التبنى يمس حالته الشخصية أكثر مما يمس حالة من يتبناه[١]. وما بين مرجح لتطبيق قانون الشخص المتبنى باعتباره رب الأسرة وتمشيا مع ما أستقر عليه الفقه الراجح بشأن النسب الشرعى[٢].

ونحن نتفق مع هذا الرأى الأخير نظرا لأنه يؤدى إلى توحيد الحلول، فضلا عن أن المتقدم للتبنى هو الشخص الذى يبدى رغبته فى التبنى وبالتحمل بتبعات ذلك، ولاشك فى أن لذلك أثره على حالته الشخصية وهو ما يحتاج معه لتحديد حدود التزاماته ومسئوليته وفقا للقانون الذى يفترض أنه اكثر دراية به ، وهو قانونه الشخصى.

النظام العام ونظام التبنى:

اتجه القضاء المصرى يؤيده فى ذلك جانب من الفقه إلى أنه لا يجوز الاعتراف بنظام التبنى فى مصر ولو كان هذا النظام مقرراً بمقتضى قانون كل من الطرفين ، مادام أن كلاهما أو أحدهما يدين بالاسلام[٣].

---

(١) الدكتور كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٤٣٨.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٣٢ ، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٣٢، والأحكام التى ذكرها بهامش الصفحة ذاتها.

(٣) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية دائرة الاحوال الشخصية فى ٣١ مارس ١٩٥٣ حيث قضت برفض طلب التبنى استنادا إلى أن الشريعة الاسلامية لا تجيز التبنى . مشار اليه فى مؤلف الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق، ص ٤٠٤ هامش ٣ ، وأنظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٨٦ ، والدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص ٩٠٩.

المطلب الثانى
الالتزام بالنفقة بين الأقارب

لا تجب النفقة فى الشريعة الاسلامية إلا بأسباب ثلاثة هى: الزوجية، والقرابة ، والملك . أما نفقة الزوجية فمكانها الحقوق المالية للزوجة وقد عرضنا لها من قبل، وأما الملك فقد انتهى باتفاقات ومعاهدات إلغاء الرقيق، أما نفقة الاقارب فغايتها وصل ما أمر الله به أن يوصل حتى لا تنقطع الروابط الطبيعية، وصلات الدم بين الأصول والفروع أو بين الحواشى من ذوى الأرحام .

وإذا كانت نفقة الزوجية أساسها الاحتباس والتمكين فهى تجب للزوجة غنية أو فقيرة ، وتجب لكل زوجة ، فأن نفقة الأقارب[١] تجب فى الغالب الأعم لمن لا مال له[٢].

ويعتبر الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب ، بالنسب أو بالمصاهرة، من مسائل الأحوال الشخصية. إذ ورد النص عليها بالمادة ١٣ من قانون نظام القضاء لعام ١٩٤٩ . ووفق هذا التكييف تخضع نفقة الأقارب للقانون الشخصى أى قانون الدولة

---

(١) القرابة نوعان : قرابة الولادة وهى تستوعب كل من كان داخلا فى عمود النسب أصلا أو فرعا، وقرابة غير الولادة وهى ما لا تدخل فى عمود النسب ولها صورتان . الصورة الأولى القرابة المحرمة وهى التى تعد من موانع الزواج كالأخوة والعمومة ، وقرابة غير محرمة وهى التى لا تحرم الزواج كقرابة بنى الأعمام والأخوال . انظر فى تفصيلات ذلك وفقه المذاهب فى تحديد شروط ثبوت النفقة الدكتور محمد كمال أمام ، الطلاق عند المسلمين ، دراسة فقهية وقانونية - أحكام الطلاق - حقوق الأولاد - نفقة الأقارب ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية، ط ١٩٩٧ ، ص ١٩٨ ومابعدها.

(٢) فى ترتيب الأقارب فى وجوب النفقة ، راجع الشيخ عبد الحكيم محمد، حقوق الأسرة، ط أولى سنة ١٩١٤ ص ٢٣٨ ومابعدها ، وابن عابدين ، رد المحتار ، ط دار الكتب العلمية ببيروت ١٩٩٤، الجزء الخامس ، ص ٣٥٦.

التى ينتمى إليها الشخص بجنسيته .

وتنص المادة ١٥ من القانون المدنى المصرى على أن "يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها".

وواضح من النص أن المشرع قد حسم الخلاف حول ما اذا كان القانون واجب التطبيق هو قانون من يطلب منه الانفاق أم هو قانون المستحق للنفقة[١]. إذ اخذ بضابط اسناد هو جنسية المدين بالنفقة[٢].

ويلاحظ على هذا النص:

١ - أن اصطلاح "قانون المدين" معيب ، لأنه يفترض مسبقا أن شخصاً معيناً مدين بالنفقة ، فى حين أنه لا يمكن القطع بالمديونية إلا بعد الرجوع إلى قانون جنسية هذا الشخص . ومن ثم "يتعين تفسير اصطلاح قانون المدين بالنفقة على أنه قانون جنسية المطالب بالنفقة"[٣]".

٢ - أن واضعى التشريع لم يحالفهم التوفيق فيما ذهبوا إليه وكان أولى بهم أن يأخذوا بقانون بلد الاقامة العادية للدائن بالنفقة باعتباره قانون البلد الذى يعيش وينفق فيه، وباعتبار أن الدائن بالنفقة هو الأولى بالرعاية والحماية ، خاصة وأن المشرع نفسه قد جعل الاختصاص القضائى الدولى لمحكمة موطن أو محل اقامة

---

(١) فى هذا الخلاف انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص ٩١٢-٩١٣.

(٢) أخذا من المادة ٥/٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة ومسايرا الاتجاه الذى أخذ به القانون الدولى الخاص الصادر فى تركيا (المادة ٢١) والقانون المدنى السورى (المادة ١٦) والقانون المدنى الكويتى (المادة ٤٥).

(٣) الدكتور محمد كمال فهمى، المرجع السابق، ص ٤٣٩ ، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٨٧.

الدائن بالنفقة[١].

ورغم وجاهة هذا الانتقاد الأخير إلا أننا نميل إلى مانحا إليه المشرع، ذلك أن دين النفقة هو التزام فى عنق المدين بها ومن حق هذا الأخير أن يكون على علم مقدما بحدود التزاماته المحتملة ، علاوة على أن هذه هى نفس القاعدة التى تطبق بشأن النفقة التى تترتب فى حق الزوج بالنسبة لزوجته.

فضلا عن أن نطاق تطبيق قاعدة الاسناد التى تضمنتها المادة ١٥ المشار اليها لا يقتصر على الاقارب بالنسب، بل تمتد وفقا للرأى الراجح إلى الاقارب بالمصاهرة[٢].

٣ - ويلاحظ أخيرا على هذا النص انه لا يتعلق بهذه النوعيات من النفقة:

أ - نفقة الزوجية : التى تظل تخضع لقانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج باعتبارها من آثار الزواج .

ب - نفقة الطلاق : التى تستحق للزوجة بعد طلاقها أو تطليقها أو انفصالها اذ تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق او وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال باعتبارها أثراً من آثار انقضاء العلاقة الزوجية.

---

(١) رأى الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص ٩١٦ ، اتباعاً لما أخذ به القانون الالمانى الصادر سنة ١٩٨٦ فى المادة ١/١٨ والقانون المدنى الاسبانى الصادر عام ١٩٧٤ فى المادة ٧/٩ . واتفاقية لاهاى حول القانون واجب التطبيق على التزامات النفقة المبرمة فى ٢ أكتوبر ١٩٧٣.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق، ص ١٣٣ ، والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٣٥، بند ١٠٨ ، والدكتور هشام صادق ، المرجع السابق، ص ٥٨٨- ٥٨٩ بند ١٥٨ .

ج - النفقة الوقتية : التى تخضع لقانون القاضى باعتبارها من الاجراءات[١] وفقا لرأى بعض الفقهاء أو لقانون جنسية الزوج باعتبارها أثرا من آثار الزواج وفقا لما نرجحه مع البعض الآخر.

المبحث الرابع
المواريث والوصايا

بوفاة الانسان تنتقل تركته إلى من يخلفه. ويعرف فقهاء المذهب الحنفى التركة بأنها " ما يتركه الميت من الأموال مطلقا"[٢]. كما يفرقون بين نوعين من الخلافة فى المال بحسب سببها. إذ قد يكون سببها القانون ، وهو ما يطلق عليه "الميراث القانونى" ، وقد يكون سببها او مصدرها تصرف قانونى أو اتفاقى وهو ما يعرف "بالميراث الايصائى" أو "الوصية".[٣]

فإذا عرض على القاضى نزاع بشأن تركة ما، اختص قانونه ببيان معنى "الميراث" ومعنى الوصية، إذ أن الأمر هنا من التكييف اللازم لتحديد قاعدة الإسناد. وإن كانت تلك مسألة قليلة الأهمية حيث يغلب ان يضع المشرع للميراث والوصية (من حيث الشروط الموضوعية) قاعدة اسناد واحدة. وهو ما اتبعه المشرع

(١) أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، اصول المرافعات الدولية المدنية، ط ١٩٨٤ ، بند ١٤٩ ومابعده.

(٢) يقول ابن حزم فى ذلك "إن الله أوجب الميراث فيما يخلفه الإنسان بعد موته من مال لا فيما ليس بمال، وأما الحقوق فلا يورث منها إلا ما كان تابعا للمال أو فى معنى المال، مثل حقوق الارتفاق والتعلى وحق البقاء فى الأرض المختارة للبناء والغرس وهى عند المالكية والشافعية والحنابلة تشمل جميع ما يتركه الميت من أموال وحقوق سواء أكانت الحقوق مالية أم غير مالية". انظر فى تفصيل ذلك الشيخ السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، ص ٤٩٩.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٣٦ ، بند ١١٠ وهامش (٤) بنفس الصفحة.

المصرى حين قرر بالمادة ١/١٧ من القانون المدنى أنه "يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته".

وهو ما نتولى معالجته فى مطلبين مستقلين فيمايلى :

المطلب الأول
الميراث(١)

الميراث هو التركة التى خلفها الميت وورثها غيره، فالميت مورث، وذلك الغير وارث والتركة موروثة، وتلك الثلاثة اركانه. والإرث من أسباب نقل الملكية فتنتقل الأموال والحقوق المالية من المورث بعد موته إلى ورثته بطريق الخلافة بحكم الشرع بعد إيفاء الحقوق المتعلقة بتركة الميت، إذا تحققت أسباب الميراث وشروطه(٢) وانتفت موانعه.

وقد اختلفت النظم القانونية فى تكييفها لطبيعة أيلولة التركة(٣) من المورث إلى الورثة بسبب الموت حيث اعتبرت فى بعضها من مسائل الاحوال العينية - مثل النظام القانونى الفرنسى -

---

(١) انظر مواهب الجليل لشرح مختصر سيدى خليل للعلامة ابى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بالحطاب ط/٢ سنة ١٣٩٨ هـ ، دار الفكر ، بيروت. ج٦ ص ٤٠٦.

(٢) شروط الميراث: موت المورث وتحقق حياة الوارث بعد موت المورث وعدم وجود مانع من موانع الميراث كالقتل واختلاف الدين.
انظر شرح السنة للإمام الحسين بن مسعود البغوى تحقيق شعيب الارناؤوط، ط ١٤٠٣هـ، طبعة المكتب الإسلامى ببيروت، جـ/٨، ص ٣٦٥- ٣٦٦.

(٣) التركة أو الموروث أو الميراث هو المال أو الحق المنقول من الموروث إلى الوارث .

تـأثرا بنظريـات الفقيـه "دارجنتريـه" ، ممـا يـؤدى إلـى توزيـع الاختصاص التشريعى بالميراث بين كل من قانون موقع العقار بالنسبة لميراث التركة العقارية[١]، وقانون آخر موطن للمتوفى بالنسبة للتركة المنقولة .

وعلـى العكـس ذهبت معظم النظم القانونيـة إلـى اعتبـار الميراث من مسائل الأحوال الشخصية تأثرا بنظريات الفقهاء "مانشينى" و"سافينى"[٢].

وعلى خلاف ذلك اتجه البعض فى الفقه والقضاء الحديث إلى أن الارث ، ومثله الوصية ليسا من مسائل الحالة الشخصية، إذ أنهما نتيجة لإنتهاء الحالة الشخصية ، بينما الاحوال الشخصية هى نتيجة لوجود الشخص وارتباط العلاقات التى تدخل فى نطاقها به مباشـرة . ولا مـن مـسائل الحالـة العينيـة اذ أن مـا يـدخل فـى مضمونهما يختلف تماما عن مضمون فكرة مركز الأموال، بأعتبار أن موضوع الإرث والوصية هو تركة المتوفى منظوراً إليها كمجموعة شائعة وليس المال فى التركة منظوراً إليه منفردا. ومن ثم يرى هذا الاتجاه ادخال الإرث والوصية فى فئة قانونية مستقلة[٣].

---

(١) انظر المادة ٢/٣ من القانون المدنى الفرنسى.

(٢) راجع هذه النظريات فى مقدمة الباب الثانى من هذا المؤلف من هذا المؤلف وكذلك الدكتور هشام صادق ص ٦٢٤ والدكتور احمد عبد الكريم ، علم تنازع .... ص ٢٣٠ ومابعدها، وكذلك ص ٩٢٩-٩٣٤.

(٣) انظر الدكتور سامى بديع منصور ، القانون الدولى الخاص ، الدار الجامعية، بيروت ، ط ١٩٩٧ ، ص ٢٨٩ ومابعدها ، ويشير إلى حكم استئناف بيروت غ٤ بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢٣ - العدل - سنة ١٩٨٩ ص ١٠٠ والدكتور ادمون نعيم : الوجيز فى القانون الدولى الخاص ، ط ١٩٦٣ ، بيروت ، ص ١٧٧.

ويبدو أن المشرع المصرى قد فضل اعتبار مسائل الإرث من مسائل الأحوال الشخصية ، ومن ثم وحد القانون الذى تخضع لـه عناصر التركة، وعين هذا القانون على أساس جنسية المتوفى وليس على أساس موطنه - تمشيا مع السياسة التى انتهجتها من اعتبار القانون الشخصى هو قانون الجنسية[١] - مع الاعتداد بوقت الموت لبيان القانون الواجب التطبيق . باعتبار أن هذه اللحظة التى يثبت فيها الحق فى الإرث.

نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفى :

يدخل فى مجال اعمال قانون جنسية المتوفى مايلى :

١ - بيان الورثة والمستحقين للإرث وترتيبهم[٢] ونصيب كل منهم فى الميراث .

٢ - شروط استحقاق الأرث وهل من الضرورى موت المورث حقيقة، أم يمكن أن يعتد بموته حكما. وهل يشترط تحقق حياة الوارث وقت موت المورث حقيقة ، أم يكفى تحقق حياته

---

(١) فى المفاضلة بين قانون الجنسية ، وقانون الموطن ، أنظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص ٩٠ ، حيث يرى أن اخضاع الميراث لقانون الجنسية وإن كان يخالف الاتجاهات الحديثة فى الكثير من الدول الأوروبية إلا أن المشرع المصرى ربما بدافع من محاولة تحقيق العدالة رجح قاعدة امتداد القوانين الشخصية للاجنبى.

(٢) لزيادة الفائدة نذكر هنا المستحقون للتركة وترتيبهم حسب قانون المواريث المعمول به فى مصر وهم تسعة طوائف هم : اصحاب الفروض ، والعصبة النسبية ، والرد على ذوى الفروض ، ذوو الأرحام ، والرد على أحد الزوجين، والعصبة السببية ، والمقر له بالنسب على الغير ، والموصى له بجميع المال، وبيت المال . والعصبة هم من يستحقون التركة كلها إذا لم يوجد من أصحاب الفروض أحد، والعصبة النسبية هى الناشئة عن النسب والعصبة السببية هى الناشئة عن النسب والعصبة السببية هى الناشئة عن العتق . أنظر فقه السنة ، المرجع السابق، ص ٥٠٣-٥١٢.

وقت موت المورث حكما؟. وهل يستحق الجنين الميراث وما هى شروط ذلك ؟

٣ - تحديد ما اذا كان الوارث حرا فى قبول الارث او التنازل عنه من عدمه، وتحديد موانع الإرث وقواعد الحجب .

٤ - تحديد الحالات التى يعين فيها مدير للتركة وكيفيته والسلطات التى يتمتع بها.

الميراث والنظام العام :

إذا كان المورث أجنبيا وقت موته، فإن قانون الدولة التى هو من رعاياها، يكون هو القانون الواجب التطبيق على مشكلات ميراث تركته إعمالا لنص المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى. إلا أنه قد يتبين أن قواعد هذا القانون تتعارض مع المبادئ والقيم التى يقوم عليها نظام مجتمع دولة القاضى. وهو ما يتصور أن يقع فى الفروض الآتية:

يمكن القول بصفة عامة بأنه إذا تضمن القانون الأجنبى أحكاما تعسفية كمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس وحرمان الإناث من الإرث[١]، فإن هذه الأحكام تعد مخالفة للنظام العام.

كما أنه لا خلاف فى اعتبار القانون الأجنبى مخالف للنظام العام إذا كان يجيز الميراث للوارث الذى قتل المورث عمدا، أو

---

(١) انظر الدكتور حامد سلطان، العوامل التى تعترض قانون الميراث فى التطبيق، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١٨ص ٤٥٦، والدكتور جابر جاد، تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٦، والدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق ، ص ٢٨٠.

يورث الابن الطبيعى من أبيه المسلم أو من اقارب الأب[١] أو كان يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم.[٢]

فقد قضت محكمة النقض المصرية عام ١٩٧٩ فى دعوى مرفوعة من لبنانية مسيحية ضد ورثة لبنانى مسلم بأن اختلاف الدين يعد مانعا من موانع الميراث، وجاء فى تسبيب الحكم "ولئن كانت مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقا لنص المادة ١٧ من التقنين المدنى لقانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرفات وقت موته إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا ، فإن تطبيقه يكون مشروطاً بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام وللآداب فى مصر وفقا لما تقضى به المادة ٢٨ من التقنين المدنى. لما كان ذلك وكان من الثابت فى مدونات الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبنانى الجنسية، فإن القانون اللبنانى هو المرجع فى تحديد ورثته وذلك فى حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب فى مصر .. لما كان ما سلف وكان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة، ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى ، وكان من المقرر وفقا لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن اختلاف الدين من موانع الميراث ، وهى بدورها من القواعد الأساسية التى تستند إليها نصوص قاطعة فى الشريعة

---

(١) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، دروس فى القانون الدولى الخاص، ١٩٦٢ ص ١٤٥ ، والدكتور هشام صادق، موجز القانون الدولى الخاص، الجزء الأول ، ط ١٩٨٦، ص ٢٨٣.

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الطبعة السادسة، جـ٢ بند ١١٢.

الإسلامية وبالتالى تدخل فى نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق قانون آخر قد يأتى بحكم مخالف لها فإنه إذا كان الحكم المستأنف قد قضى بغير ذلك فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه".(١)

كما يعد مخالفا للنظام العام القانون الأجنبى الذى يجيز تمييز الابن الأكبر أو ايثاره بالتركة كلها.(٢)

وقد اختلفت الآراء حول حكم الاختلاف بين القانون الأجنبى الواجب التطبيق وبين أحكام القانون المصرى التى تتعلق ببيان الورثة وأنصبتهم، حيث ميز الفقهاء بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان أطراف التركة ، المورث والورثة، أجانب من غير المسلمين: حيث يرى البعض أنه لا يعد القانون الأجنبى مخالفاً للنظام العام، بحسبان ارتباط نظم التركات والمواريث بين الأجانب غير المسلمين بالتنظيم الاجتماعى والاقتصادى للدولة التى ينتمون إليها، وهو تنظيم يختلف بالضرورة من دولة إلى أخرى.(٣)

الفرض الثانى: إذا كان أطراف التركة ، المورث والورثة، مسلمين: وهنا اختلف الرأى إلى اتجاهين :

---

(١) انظر الحكم فى الطعن رقم ١٠ لسنة ١٩٤٨ أحوال شخصية ، جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ مج الأحكام السنة الثلاثون، ص ٧٢٢ ومابعدها .

(٢) انظر الدكتور جابر جاد، المرجع السابق ص ٤٣٨، والدكتور عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء فى تطبيق قواعد الإسناد فى مواد الأحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٢٤ ص ٨٧.

(٣) انظر الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٤٩.

الاتجاه الأول: مخالفة القانون الأجنبى للشريعة الإسلامية من حيث بيان الورثة وانصبتهم لا يعد مخالفة للنظام العام :

يرى فريق من الفقهاء أن مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى مع أحكام الشريعة الإسلامية وقانون المواريث فى شأن بيان الورثة ومراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم وحالات الحجب لا يتوافر معه التعارض مع النظام العام المصرى، ومن ثم فإن المحاكم المصرية تطبق أحكام القانون الأجنبى رغم ذلك الاختلاف. وسندهم فى ذلك:

١ - أن الأمر لا يتعلق بقواعد دينية قطعية، فالشريعة الإسلامية تجيز حرمان بعض الورثة ، أو إنقاص أنصبتهم.

٢ - وأن النظام الاجتماعى المصرى لا يمكن أن يتأثر لأن بنت المتوفى حصلت على نصيب مواز لابنه.

٣ - وأنه ليس ثمة مصلحة للجماعة المصرية فى أن تفرض على البنت نصف نصيب الولد. لاسيما وأن الدفع بالنظام العام وسيلة استثنائية يجب التحفظ فى التوسع فى تطبيقها ، حيث لا يجوز أن يفرض تقدير المشرع المصرى للأنصبة كنموذج للعدالة وإلا انتهى الأمر إلى هدم قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث ، وإخضاع أنصبة التركة للقانون المصرى فى كل الأحوال.[1]

---

(١) وهو رأى كل من الدكتور حامد زكى، مواريث الرعايا الأتراك فى مصر، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٨ ص ٦٥٠، والدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٤٥ – ١٤٦، والدكتور هشام صادق، المرجع السابق ص ٢٨٤ ، والدكتور فؤاد رياض، المرجع الساق ص ٢٨٠.

وقد سبق وأن وجد لهذا الرأى تطبيق فى قضاء محكمة القاهرة الابتدائية فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٢[١] حيث عرض عليها نزاع بشأن وفاة شخص تركى مسلم عن ابن وبنت ، فرفع الابن دعوى يطالب فيها باستحقاقه نصيب الثلثين من تركة المورث وفقا لقاعدة الميراث فى الشريعة الإسلامية التى تقضى بأن للذكر مثل حظ الأنثيين، وهى الشريعة الواجبة التطبيق على التركة لأن قواعد القانون التركى تخالف النظام العام فى مصر، ولأن أموال التركة عقارات فى مصر، والعقار يخضع لقانون موقعه وفقا للمادة ١٨ من القانون المدنى المصرى، ولأن معاهدة الإقامة المعقودة بين مصر وتركيا وإن كانت تقضى بتطبيق القانون التركى على مواريث الأتراك إلا أن ذلك مشروط بعدم تعارض أحكامه مع النظام العام فى مصر. ولم تأخذ المحكمة بهذه الوجهة من النظر وقضت بتطبيق القانون التركى على التركة وباستحقاق المدعى لنصف التركة فقط، مستندة إلى :

١ – أن المادة ٨٧٥ فقرة أولى من القانون المدنى المصرى وهى تقضى بأن تسرى فى شأن التركات أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها، خاصة بالمصريين ولا تهدم قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٧ مدنى.

٢ – وأن مجرد الاختلاف فى أنصبة الورثة ما بين القانون الأجنبى والقانون المصرى، لا يجعل الأول مخالفا للنظام العام فى مصر. والقول بتطبيق القانون المصرى فى حالة توافر هذا الاختلاف من شأنه هدم قاعدة الإسناد

---

(١) القضية رقم ١٧٧ لسنة ١٩٥١ أحوال شخصية.

الـواردة فـى المـادة ١٧ مـدنى خاصـة أن قواعـد الـشريعة الإسـلامية والقـوانين المـستمدة منهـا تجيـز حرمـان بعـض الورثـة أو إنقـاص نـصيبهم أو إيثـار بعـض الورثـة علـى بعـض بتصرفات مشروعة كالهبة والوصية.

٣ – أن المادة ١٨ مدنى خاصة ببيان حكم الميراث كسبب من أسباب الملك فقط.

ويرجـع الـبعض هـذا الاتجـاه فـى تخفيـف أثـر الـدفع بالنظـام العـام إلـى أن الميـراث ، ورغـم ارتبـاطـه التقليـدى فـى مـصر بفكـرة الأحوال الشخصية ، إلا أنه يتصل فى نفس الوقت بالأحوال العينيـة ونظام الأموال.(١)

الاتجـاه الثـانى : مخالفـة القـانون الأجنبـى للـشريعة الإسـلامية مـن حيث بيان الورثة وأنصبتهم مخالفة للنظام العام:

اتجـه فريـق آخـر مـن الفقهـاء إلـى أنـه يتعـين الامتنـاع عـن تطبيق القانون الأجنبى متى اختلفت أحكامه مع أحكـام الميـراث فـى الشريعة الإسلامية وقانون المواريث المستقاة من القرآن دون تلـك المستقاة من مصـادر أخرى، ذلك لأن أحكـام المواريث الـواردة فـى القـرآن يتقيد بهـا المسلمون حتمـا، وعلـى الأخص فـى دولـة دينهـا الإسـلام(٢) ، ولا يـستطيع المـشرع الـوطنى فـى هـذه الدولـة التحلـل منها بقانون وضعى لأن النظـام العـام المصرى فـى دائـرة الأحـوال

---

(١) انظر الدكتور حامد زكى، القانون الدولى الخاص، مرجع سبق ذكره، فقرة ٢٤٣ ص .

(٢) انظر رأى الدكتور عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء .... ، المرجع السابق، ص ٨٨، ويؤيده الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص ٩٤٩.

الشخصية يقوم على فكرة من الإسلام .

ويفند أصحاب هذا الاتجاه الحجج التى استندت إليها المحكمة فى حكمها سنة ١٩٥٢: ذلك أن الحكم أطلق القول بأن اختلاف الأنصبة ما بين القانون المصرى والأجنبى لا يجعل الثانى مخالفا للنظام العام فى مصر، إذ إن مجرد هذا الاختلاف ذاته يمس مصلحة الجماعة المصرية بوصفها جماعة دولة إسلامية. لاسيما إذا ما كان التعارض مع حكم من الأحكام المستقاة من القرآن ذاته.

كما أن القول بأن الشريعة الإسلامية ذاتها تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص أنصبتهم حجة ليست مقنعة لأن هذا الذى تجيزه الشريعة الإسلامية للشخص إنما تجيزه له بوصفه مالكا، وهو فى حقيقته ليس إجازة له فى هذه التصرفات بل هو تقييد فى حقه المطلق فى الأصل بوصفه مالكا، حماية للورثة ، وهو تقييد ينصرف إلى الخلافة بسبب الموت التى ترجع إلى تصرف إرادى للمتوفى. أما الخلافة بسبب الموت بحكم القانون، وهذا هو معنى الميراث فى القانون المصرى ، فهى مأخوذة من قواعد الشريعة الإسلامية وقانون الميراث، وإن ما استقى من هذه القواعد من القرآن يتعلق بالنسبة للمسلمين بالنظام العام فى مصر.

ونحن نميل إلى ترجيح هذا الاتجاه لاسيما وأن عدم التسوية بين الذكر والانثى فى الميراث ثابت بالدليل القطعى فى القرآن الكريم.

وقد انتهت محكمة النقض المصرية فى ٢٧ مايو ١٩٦٤ إلى

أن "أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر، إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين.[١]

حكم التركة الشاغرة:

اذا توفى شخص أجنبى عن غير وارث ، فما هو حكم ما يخلفه من الاموال؟

اتبع المشرع المصرى نفس المنهج الذى يتبع فى مختلف الدول حيث تقضى المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ الصادر سنة ١٩٤٣ بأنه "اذا لم يوجد أى من هؤلاء (أى الورثة ومن فى حكمهم ممن اقر له الميت بنسب على غيره وما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية) آلت التركة أو ما بقى منها الى الخزانة العامة".

وتقضى المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ "بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث" بأن "تؤول الى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة فى مصر والتى يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم ....".

وقد فصل المشرع بذلك فى الخلاف الفقهى حول الوصف

---

(١) مج أحكام النقض السنة ١٥، العدد الثانى ، ص ٧٢٧.

القانونى لأيلولة التركة الشاغرة الى الدولة. اذ استبعد رأى من قالوا بتكييف التركة الشاغرة على "أنها حق ارث باعتبار أن الدولة وارثة لمن لا وارث له"[١] وهو ما كان يؤدى إلى ايلولة التركة الشاغرة إلى الدولة التى ينتمى اليها المورث بجنسيته وقت وفاته . ورجح رأى فقهاء الشريعة الإسلامية[٢] وجانب كبير من فقهاء القانون الدولى الخاص[٣] حيث يرون أن أيلولة التركة الشاغرة إلى الدولة لا يتم بطريق الارث وانما استنادا الى حق الدولة فى السيادة على اقليمها ، وهو ما يستدعى بالضرورة أيلولة التركة إلى الدولة التى توجد بها.[٤]

المطلب الثانى
الوصية

الوصية اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته[٥] أو هى تمليك مضاف الى ما بعد الموت (المادة الأولى من قانون الوصية

---

(١)انظر الدكتور فؤاد رياض ، ط ١٩٩٤، مرجع سبق ذكره ص ٢٨٣.

(٢) انظر فى هذه المسألة الامام محمد ابو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ط ١٩٤٩، ص٢٤٣.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق ، ص ٣٥٦ ، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص فقرة ١٣٣، والدكتور منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ٢٧٠، وانظر حكم النقض بجلسة ١٩٦٦/٥/١١ مجموعة القواعد التى اقرتها محكمة النقض س١٧ص ١٠٥.

(٤) توضع التركة الشاغرة تحت يد بيت مال المسلمين على أنها مال ضائع فتصير لجميع المسلمين وللأمين على بيت المال أن يصرفها فى مصارفها الشرعية، وليس ذلك بطريق الأرث بدليل أن هذه التركة قد تكون لمورث غير مسلم ومعلوم أنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم .

(٥) انظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى، دار الكتاب العربى، بيروت، جـ/٧ ، ص ٣٣٣.

المصرى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦)[١].

وتحديد ماهية أو طبيعة هذا التصرف المضاف إلى ما بعد الموت مسألة تكييف ينهض بها القاضى من تلقاء نفسه طبقا لأحكام قانونه دون التقييد بالوصف الذى يخلعه الموصى على التصرف[٢]. وتشمل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت نوعين من التصرفات نصت عليهما المادتين ٩١٦، ٩١٧ من القانون المدنى المصرى وهما: التصرف الذى يصدر من المريض مرض الموت بقصد التبرع كما لو باع ما يملكه من عقار أو منقول بثمن يقل كثيرا عن قيمة المبيع. والتصرف الذى يصدر عن الشخص لأحد ورثته مع الاحتفاظ بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته.

وعلى خلاف القوانين التى تعتبر الوصية من مسائل الأحوال العينية، اتبع المشرع المصرى نفس نهجه بشأن الميراث معتبرا إياها من مسائل الاحوال الشخصية إلا أنه ميز بين القانون واجب التطبيق على شكل الوصية عن ذلك الذى يحكم شروطها الموضوعية وهو ما نفصله فيمايلى.

القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية:

يقصد بالشروط الموضوعية مختلف الشروط اللازمة لصحة الوصية من الناحية الموضوعية سواء ما يتعلق بالموصى أو الموصى له أو الموصى به.

وعلى الرغم من وجود نص المادة ١/١٧ من القانون المدنى

---

(١) انظر الدر المختار للحصكفى وحاشية رد المحتار لابن عابدين ، المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٤هـ، جـ/٧ ص ٥٦٨ وهو التعريف الوارد.

(٢) الدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٩٥٠.

المصرى التى تنص على أن "يسرى على .... الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون .... الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته" إلا أن هناك خلاف حول نطاق ما يخضع لقانون جنسية الموصى وقت وفاته.

الوصية والنظام العام:

قد يتعارض القانون الأجنبى واجب التطبيق على موضوع الوصية، أو التصرف المضاف إلى ما بعد الموت مع النظام العام فى الدولة التى ينتمى إليها القاضى مما يستوجب استبعاده. كما لو كان يجيز مثلا استحقاق الموصى له للوصية ولو كان هو قاتل الموصى أو يمنع الوصية لاختلاف الجنس أو اللون أو المعتقدات السياسية.

ولكن ماذا لو اختلف القدر الجائز الإيصاء به فى القانون الأجنبى عن القانون المصرى؟ هل يعد بذلك مخالفا للنظام العام المصرى؟

يفرق الفقهاء والقضاء بين فرضين:

الفرض الأول: إذا تعلق النزاع بوصية بين غير المسلمين:

يتفق الفقهاء والقضاء على أن الاختلاف فى القدر الجائز الايصاء به لا يعتبر متنافيا مع النظام العام المصرى. إذ قضت محكمة النقض المصرية سنة ١٩٦٧ بأنه "وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر بأن تمس كيان

الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ولا يدخل فى هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين كما هو الحال فى الدعوى".(١)

ثم عادت وأكدت هذا الاتجاه بحكمها سنة ١٩٧٧ بشأن وصية أبرمها أسبانى أمام القنصلية الاسبانية فى القاهرة لصالح زوجته يوصى فيها بمنفعة أمواله لها طيلة حياتها بشرط ألا تتزوج، وعند عرض النزاع على محكمة النقض المصرية قضت "بأن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة. ولما كانت الوصية بالمنافع جائزة فى الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة وتعتبر صحيحة وفقا لأحكام القانون المدنى وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، فإنه لا يدخل فى نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد القدر الذى تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصى به، أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع ....".(٢)

---

(١) حكم فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ق أحوال شخصية ، جلسة ٢٦ يوليو ١٩٦٧ ، منشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة العدد الرابع من السنة الرابعة عشرة ص ٢١ ومابعدها ، تعليق الدكتور هشام صادق.

(٢) حكم جلسة ١٩ يناير ١٩٧٧، مج أحكام النقض ، السنة ٢٨ ، الجزء الأول ، ص ٢٧٦ - ٢٨٢.

الفرض الثانى : إذا تعلق النزاع بوصية بين المسلمين :

اختلفت الآراء فى شأن هذه المسألة وهو ما نعرض له فيمايلى:

الرأى الأول : اختلاف القانون الأجنبى عن الشريعة الإسلامية لا يتعارض مع النظام العام :

ذهب البعض إلى أن اختلاف القانون الأجنبى عن أحكام الشريعة الإسلامية التى لا تجيز الوصية بأكثر من الثلث لا يتعارض مع النظام العام فى مصر ولو تعلق الأمر بالمسلمين باعتبار أن تحديد القدر الذى تجوز الوصية فيه هى مسألة ينظمها القانون الأجنبى المختص وفقا لسياسة اقتصادية واجتماعية معينة، ومن ثم فلا يجوز فرض أحكام القانون المصرى فى شأنها كنموذج للعدالة، فضلا عن ارتباط الوصية بنظام الأموال مما يخفف من حدة تدخل النظام العام بوصفه وسيلة لرعاية حقوق المسلمين فى هذا المجال وخلافا لما عليه الحال فى المسائل التى تمس صميم نظام الأحوال الشخصية كما هو الشأن بالنسبة للزواج وأحكام الأسرة. خاصة وأن القول بعكس ذلك سيؤدى إلى إهدار قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٧/ مدنى وقصر نطاق تطبيقها على الأجانب غير المسلمين.[١]

الرأى الثانى: اختلاف القانون الأجنبى مع الشريعة الإسلامية يتعارض مع النظام العام :

اتجه الرأى الراجح فى الفقه إلى أن اختلاف القانون

(١) انظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٨٧ - ٢٨٨ ، والدكتور احمد الجداوى ، فى رسالته السابق الإشارة اليها فقرة ٢٢٤.

الأجنبى مع أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الشأن مما يتعلق بالنظام العام ، أسوة بأحكام قانون المواريث نظرا لأن تحديد القدر الجائز الايصاء به، فيه تقييد لحرية الموصى، حماية لحقوق الورثة ومصلحة الأسرة، على النحو الذى تبينه الاحاديث النبوية الشريفة. حيث يجوز الايصاء فيما زاد على الثلث إلا إذا أجاز الورثة غير ذلك. (المادة ٣٧ من قانون الوصية رقم ٤١ لسنة ١٩٤٦).[١]

الموازنة بين الرأيين :

نرى أن نرجح هذا الاتجاه الأخير لاسيما وأن قولهم بعدم فرض النموذج المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية كنموذج وحيد للعدالة فيه محاولة للمساواة بين أحكام الشرع السماوى والتشريع الوضعى فى دولة دينها الإسلام ، وطعن فيما ورد بأحكام هذه الشريعة المنزلة من عند الحكيم الخبير ، فضلا عن أن القول بالرأى الذى نرجحه فيه إهدار لقاعدة الإسناد الواردة بالمادة /١٧ مردود عليه بأن الأصل فى تطبيق القوانين هو تطبيق القانون الوطنى فى دولة القاضى وأن تطبيق القوانين الأجنبية تسامح من المشرع الوطنى مقيد بعدم مخالفة الأسس الجوهرية التى يقوم عليها (المادة ٢٨ من القانون المدنى). هذا فضلا عن أن تطبيق الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين أمر متوقع ولا إخلال فيه بتوقعات الأفراد ولا يخل بحق من الحقوق المكتسبة . إذ الشريعة الإسلامية هى قانون المسلم فى كل زمان ومكان . وأخيرا فلا إهدار لقاعدة الإسناد إذ قد يتفق القانون الأجنبى الواجب التطبيق مع أحكام الشريعة الإسلامية فيطبق سواء بالنسبة للمسلمين أو غير المسلمين.

---

(١) انظر الدكتور فؤاد رياض، المرجع السابق، ص ٢٩١، والدكتور أحمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص ٩٦٢.

الفهـــرس